Die Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß

---

von

Erwin Kauppert

aus Nürnberg

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538102_0024

Die Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Erwin Kauppert
aus Nürnberg

Referent: Professor Dr. Karl Heinz Schwab

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1964

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis III
Literaturverzeichnis VI

§ 1. Einleitung und geschichtlicher Überblick 1

1. Kapitel : Die Theorien 8
§ 2. Die zivilistische Theorie 8
§ 3. Die prozessuale Theorie 13
§ 4. Die Mischtheorien 15

2. Kapitel : Allgemeine Hinweise auf die Rechtsnatur der Prozeßaufrechnung 23
§ 5. Die gesetzlichen Vorschriften 23
§ 6. Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft 32
§ 7. Das Gestaltungsurteil der prozessualen Theorie 45
§ 8. Zusammenfassung 49

3. Kapitel : Sonderprobleme der Prozeßaufrechnung 50

1. Abschnitt: Die Eventualaufrechnung 50
§ 9. Allgemeines 50
§ 10. Der Inhalt der Eventualaufrechnung 51
§ 11. Die Aufrechnung unter einer Rechtsbedingung .. 55
§ 12. Die Aufrechnung unter einer Gegenwartsbedingung 60
§ 13. Die Aufrechnung unter einer echten Bedingung . 62

2. Abschnitt: Der unberücksichtigte Aufrechnungseinwand 74
§ 14. Die Fälle verspäteten Aufrechnungsvorbringens 74
§ 15. Das nach §§ 279, 529 ZPO zurückgewiesene Aufrechnungsvorbringen 77
§ 16. Das nach § 767 Abs. 2 ZPO zurückgewiesene Aufrechnungsvorbringen 89
§ 17. Die Wirkungslosigkeit der verspäteten Aufrechnungserklärung 95
§ 18. Die übrigen Fälle wirkungsloser Aufrechnungserklärungen 104

3. Abschnitt: Der zur Prozeßaufrechnung befugte Personenkreis 109
§ 19. Die Aufrechnungsbefugnis des Prozeßbevollmächtigten 109
§ 20. Das Aufrechnungsrecht des Nebenintervenienten 120

§ 21. Die Vertretung ohne Vollmacht 123

4. Abschnitt: Die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung 126

§ 22. Allgemeines 126

§ 23. Die Entstehungsgeschichte des § 322 Absatz 2 ZPO 127

§ 24. Zusammenfassung 130

Abkürzungsverzeichnis

Weitere Abkürzungen befinden sich im Literaturverzeichnis.

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811.
Abs.	Absatz.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite).
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten vom 6. 7. 1793.
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. 6. 1794.
a. M.....	anderer Meinung.
AnfG	Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. 7. 1879.
Anm.	Anmerkung.
ArchBürgR.....	Archiv für Bürgerliches Recht (Band und Seite).
Art.	Artikel.
Aufl.	Auflage.
BAG	Bundesarbeitsgericht.
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht.
Bd.	Band.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BGB-RGRK.....	Reichsgerichtsrätekommentar (vgl. Abkürzungsverzeichnis).
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite).
BVerwG.....	Bundesverwaltungsgericht.
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite).
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr und Seite).
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite).
GruchBeitr. ...	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite).
GrünhZ	Grünhuts Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliche Recht der Gegenwart (Band und Seite).
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz.
h. M.	herrschende Meinung.
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer).

i. F. v.	in der Fassung von.
i. V. m.	in Verbindung mit.
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite).
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite).
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite).
KG	Kammergericht.
KrVJSch	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Band und Seite).
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite).
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1896 (Seite).
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite).
OAG	Oberamtsgericht.
ÖAGO	Allgemeine Gerichtsordnung für Böheim, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Ennß, Steyermarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska, Triest, Tyrol und die Vorlanden vom 1. 5. 1781.
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen (Band und Seite).
OLG	Oberlandesgericht.
OLGE	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite).
ÖZPO	Österreichisches Gesetz vom 1. 8. 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozeßordnung).
Recht	Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Jahr und Nummer der Entscheidung, bezw. Seitenzahl bei Abhandlungen).
RG	Reichsgericht.
RGZ	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite).
RhZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes (Jahr und Seite).
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (Band und Seite).

SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band und Nummer).
SächsArchBürgR ...	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß (Band und Seite).
SächsArchRpfl	Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Jahr und Seite).
SeuffBl	Blätter für Rechtsanwendung, gegründet von Seuffert und Glück (Band und Seite).
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite).
StPO	Strafprozeßordnung.
ZPO	Zivilprozeßordnung.
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (Band und Seite).

Literaturverzeichnis

Nur einmal zitierte Werke sind in den Fußnoten angeführt.

Soweit nichts besonderes angegeben ist, sind die Werke nur mit den Verfassernamen zitiert.

Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 26. Aufl., München, Berlin, 1961.

Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., München und Berlin, 1960.

Baumgärtel Gottfried, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt a. M., 1957.

Berolzheimer Michael, Zu § 81 der neuen C.P.O., JW 99, 649.

Blomeyer Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1957, (abgekürzt: Schuldrecht).

Blomeyer Arwed, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963, (abgekürzt: Zivilprozeß).

Brettner, Der Prozeßvertreter und die Aufrechnung, DJZ 98, 343 ff.

Bülow Oskar, Das Geständnisrecht, Freiburg i.B., Leipzig, Tübingen, 1899.

Bunsen Friedrich, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Berlin, 1900, (abgekürzt: Lehrbuch).

Bunsen Friedrich, Die Parteien im Civilprozesse, ZZP 26, 197 ff.

Bunsen Friedrich, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP 35, 401 ff.

Busse H., Zur Eventualaufrechnung, SächsArchRpfl 1906, 121 ff.

Crome Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig, 1902.

Dernburg Heinrich, Geschichte und Theorie der Compensation, 2. Aufl., Heidelberg, 1868, (abgekürzt: Compensation).

Dernburg Heinrich, Pandekten, 3. Aufl., 2. Bd., Obligationenrecht, Berlin, 1892, (abgekürzt: Pandekten).

Dernburg Heinrich, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 5. Aufl., 2. Bd., Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht, Halle a. S., 1897 (abgekürzt: Lehrbuch).

Dernburg-Engelmann,	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., 2. Bd., 1. Abteilung, Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, Halle a.S., 1909.
Eccius M.E.,	Die eventuelle Aufrechnung, GruchBeitr., 42, 15 ff.
Eccius M.E.,	Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach Bürgerlichem Gesetzbuch, GruchBeitr., 42, 233 ff.
Eck-Leonhard,	Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. - 2. Aufl., Bd. I, Berlin, 1903.
Endemann F.,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 1. Bd., Einleitung und allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1903.
Enneccerus-Lehmann,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen, 1958.
Enneccerus-Nipperdey,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 2 Halbbände, Tübingen, 1959/60.
Erman Walter,	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 2 Bände, Münster, 1962.
Esser Josef,	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960.
Fischer-Henle-Titze,	Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München, 1932.
Fitting Hermann,	Liegt in der Prozessvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und zum Empfange einer Aufrechnungserklärung ?, Festgabe der juristischen Fakultät in der vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Heinrich Dernburg zum 4. April 1900, Halle a.S., 1900, S. 1 ff.
Förster-Eccius,	Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., I. Bd., Die Grundbegriffe und die Grundlagen des Rechts der Schuldverhältnisse, Berlin, 1896.

Förster-Kann,	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., 2 Bände, Berlin, 1913/26.
Förtsch,	Wird unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich die Prozeßvollmacht zur Vornahme und Entgegennahme der Aufrechnung und anderer einseitiger Willenserklärungen, die dem anderen Teile gegenüber abzugeben sind, ermächtigen ? Bedarf diese Frage der Regelung in der Civilprozeßordnung ?, SächsArchBürgR 7, 401 ff.
Förtsch,	Die sog. eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, GruchBeitr., 42, 225 ff.
Freudenthal-Sauerländer,	Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., München, 1926.
Gaupp-Stein,	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 2 Bände, Tübingen, 1911/13.
Geib Otto,	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München, 1909.
Goldmann-Lilienthal,	Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., 1. Bd., Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1903.
Goldschmidt James,	Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung (Anrechnungsbestimmung) im preußischen Allgemeinen Landrecht und Bürgerlichen Gesetzbuch und die compensatio compensationis, ArchBürgR 15, 153 ff.
Goldschmidt James,	Hat das ordentliche Gericht bei späteren Rechtsstreitigkeiten ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Würdigung der Rechtsnatur eines gemäß den Bekanntmachungen vom 16./17. Dezember 1916 (RGBl 1396, 1338) aufgelösten Vertrages durch das Reichsschiedsgericht für Kriegswirtschaft ?, AcP, 117, 1 ff.
Goldschmidt James,	Der Prozeß als Rechtslage, Berlin, 1925, (abgekürzt: Prozeß als Rechtslage).
Goldschmidt James,	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin, 1932, (abgekürzt: Zivilprozeßrecht).

Grabner,	Die einseitigen privatrechtlichen Willenserklärungen im Rechtsstreit und das Verhältnis des bürgerlichen und des prozessualen Rechtes. Eventuelles Vorbringen im Rechtsstreite, ZZP 48, 531 ff.
Habscheid Walther J.,	Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Prozeßaufrechnung, ZZP 76, 371 ff.
Hahn-Mugdan,	Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 8. Bd., Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Civilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung, Berlin, 1898.
Hellwig Konrad,	Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Bd. 2, Breslau, 1910, S. 41 ff, (abgekürzt: Prozeßhandlung).
Hellwig Konrad,	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3 Bände, Leipzig, 1903/07/09 (abgekürzt: Lehrbuch).
Hellwig Konrad,	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2 Teile, Leipzig, 1912/19 (abgekürzt: System).
Henckel Wolfram,	Materiellrechtliche Folgen der unzulässigen Prozeßaufrechnung, ZZP 74, 165 ff.
Hollaender Otto,	Das prozessuale Verfahren im Falle der Aufrechnung mit unbestrittener Gegenforderung, ZZP 48, 368 ff.
Kiehl,	Die Exmissionsklausel und das Aufrechnungsrecht des Mieters, GruchBeitr. 45, 753 ff.
Kisch Wilhelm,	Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig, 1903.
Klang Heinrich,	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 6. Bd., Wien, 1951.
Kleinfeller Georg,	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin, 1905.
Kohler Josef,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht, Berlin, 1906, (abgekürzt: Lehrbuch).
Kohler Josef,	Kompensation und Prozeß, ZZP 20, 1 ff.
Kohler Josef,	Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 24, 1 ff.
Kohler Josef,	Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkung, ZZP 29 1 ff.

Kreß Hugo,	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München, 1929.
Lang Geo,	Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, München, 1906.
Langheineken P.,	Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig, 1903.
Larenz Karl,	Lehrbuch des Schuldrechts, 5. Aufl., 1. Bd., Allgemeiner Teil, München-Berlin, 1962.
Leonhard Franz,	Die Aufrechnung, Göttingen, 1896 (abgekürzt: Aufrechnung).
Leonhard Franz,	Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Bd., München-Leipzig, 1929 (abgekürzt: Schuldrecht).
Leonhard Franz,	Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, ArchBürgR 21, 171 ff.
Leonhard Franz,	Die Wahl bei der Wahlschuld, JherJb., 41, 1 ff.
Lent Friedrich,	Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozeß, DR 42, 868 ff.
Lent-Jauernig,	Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., München-Berlin, 1961.
Lippmann,	Über die Begründung der Rechtshängigkeit durch Kompensationseinrede, ZZP 13, 80 ff.
Lippmann,	Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs, JherJb., 32, 157 ff.
Lippmann,	Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, JherJb., 43, 435 ff.
Mansfeld,	Zur Lehre von der eventuellen Aufrechnung, DJZ 98, 255 ff.
Martinius,	Eventualaufrechnung, ArchBürgR 24, 277 ff.
Mattniaß Bernhard,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. - 7. Aufl., Berlin, 1914.
Meyer H.,	Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnung, Recht 1902, 228 ff.
Mühl,	Die Wirkung der Aufrechnung mit öffentlich-rechtlichen Gegenforderungen im Zivilprozeß, NJW 55, 1461 ff.
Müller,	Das Erlöschen der Prozeßvollmacht, SächsArchBürgR 13, 147 ff.
Neuner Robert,	Privatrecht und Prozeßrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1925.
Niese Werner,	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen, 1950.

Nikisch Arthur,	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952, (abgekürzt: Lehrbuch).
Nikisch Arthur,	Die Aufrechnung im Prozeß, Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Bd., Berlin, Tübingen, Frankfurt a.M., 1956, S. 765 ff (abgekürzt: Festschrift).
Nußbaum Arthur,	Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München, 1908.
Oertmann Paul,	Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin, 1916.
Oetker Friedrich,	Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, Die Gläubiger, Stuttgart, 1891.
Ohnsorge,	Zur Lehre von der Aufrechnung, JherJb., 20, 285 ff.
Otto,	Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Abschnitt 1 - 6, SächsArchBürgR 8, 641 ff.
Pagenstecher Max,	Über die Eventualaufrechnung im Prozeß, RhZ 1921/22, 73 ff.
Palandt Otto,	Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl., München und Berlin, 1962.
Petersen,	Wird durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet ?, GruchBeitr., 31, 535 ff.
Petersen,	Die prozessuale Behandlung der Kompensationseinrede und der mit ihr verbundenen Widerklage, ZZP 19, 104 ff.
Petersen,	Die Aufrechnung im Prozeß, SeuffBl., 64, 253 ff.
Petersen-Anger,	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 2 Bände, Laar, 1904/06.
Petzold,	Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnung ?, GruchBeitr., 44, 845 ff.
Planck G.,	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl., 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1907.
Planck-Siber,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), Berlin, 1914.
Raddatz,	Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnungserklärung und deren Entgegennahme ?, SächsArchBürgR 10, 217 ff.

Redlich,	Die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung, ZZP 25, 357 ff.
Rehbein H.,	Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Bestimmungen, Berlin, 1903.
Rehbein-Reincke,	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 5. Aufl., 2. Bd., Berlin, 1894.
Reichel Hans,	Unklagbare Ansprüche, JherJb., 60, 38 ff.
Reichsgerichtsräte-kommentar,	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., I. Bd., 1. und 2. Teil, II. Bd., 1. und 2. Teil, Berlin, 1959/60, (abgekürzt: BGB-RGRK).
Reincke O.,	Die Deutsche Civilprozeßordnung, 4. Aufl., Berlin, 1900.
Rönne Ludwig von,	Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft, 7. Ausgabe, 2. Bd., Berlin, 1886.
Rosenberg Leo,	Stellvertretung im Prozeß, Berlin, 1908, (abgekürzt: Stellvertretung).
Rosenberg Leo,	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl. München und Berlin, 1961 (abgekürzt: Lehrbuch)
Rothe Gerhard,	Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung, AcP, 151, 33 ff.
Rudorff-Schaefer,	Das Reichs-Civilrecht, Berlin, 1900.
Sauer Wilhelm,	Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin, Detmold, Köln, München, 1951, (abgekürzt: Prozeßrechtslehre).
Scherer M.,	Die eventuelle Aufrechnung im Prozeß, Recht 1900, 294 ff.
Schneider K.,	Anfechtung wegen Irrtums im Laufe des Prozesses, ZZP 31, 271 ff.
Schollmeyer Friedr.,	Die Compensationseinrede im Deutschen Reichs-Civilprozeß, Berlin und Leipzig, 1884 (abgekürzt: Compensationseinrede).
Schollmeyer Friedr.,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, München, 1900, (abgekürzt: BGB).

Schuler,	Anfechtung, Aufrechnung und Vollstreckungsgegenklage, NJW 56, 1497 ff.
Schönke-Baur,	Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht, 6. Aufl., Karlsruhe, 1956.
Schönke-Schröder-Niese,	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe, 1956.
Seuffert Lothar,	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., 2 Bände, München 1910/11.
Seuffert Lothar,	Zur Revision der Civilprozeßordnung bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, ZZP 16, 463 ff.
Seuffert-Walsmann,	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 2 Bände, München, 1932/33.
Siber Heinrich,	Compensation und Aufrechnung, Leipzig, 1899, (abgekürzt: Compensation).
Simeon P.,	Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 1. und 2. Aufl., 1. Bd., Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin, 1901.
Soergel-Siebert,	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Aufl., I. und II. Bd., Stuttgart, 1959/62.
Staudinger J. von,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., I. Bd., Allgemeiner Teil, Berlin, 1957; 9. Aufl., II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, München, Berlin, Leipzig, 1930.
Stein-Jonas-Schönke-Pohle,	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., 2 Bände, Tübingen, 1953/56.
Stölzel Adolf,	Schulung für die zivilistische Praxis, 5. Aufl., 2. Teil, Berlin, 1914 (abgekürzt: Schulung).
Stölzel Adolf,	Zur Aufrechnungslehre, JherJb., 60, 467 ff.
Stölzel Adolf,	Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung, ZZP 24, 50 ff.
Stölzel Adolf,	Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung, AcP 95, 1 ff.
Struckmann-Koch,	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl., Berlin, 1910.
Thon August,	Die rechtsverfolgende Einrede, JherJb., 28, 37 ff.
Thon August,	Eventualaufrechnung, JherJb., 60, 365 ff.

Unger Josef,	Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechts, GrünhZ 15, 529 ff.
Wach Adolf,	Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung, ZZP 27, 1 ff.
Walsmann Hans,	Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102, 1 ff.
Weigelin Ernst,	Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover, 1904.
Weismann Jakob,	Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 26, 1 ff.
Wieczorek Bernhard,	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 6 Bände, Berlin, 1957/59.
Windscheid-Kipp,	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 2. Bd., Frankfurt a. M., 1906.
Wolff Ernst,	Bürgerliches Recht und Prozeßrecht in Wechselwirkung, Tübingen, 1952.
Zachariä-Crome,	Handbuch des Französischen Civilrechts, 8. Aufl., 2. Bd., Freiburg i. B., 1894.
Zöller Richard,	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, München, 1958.

§ 1. Einleitung und geschichtlicher Überblick

Die Frage, ob zwischen der außerprozessualen und der in der mündlichen Verhandlung erklärten Aufrechnung ein Unterschied bestehe, ist Gegenstand eines Theorienstreites, der bis in die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückgeht. Die Gründe hierfür lagen zunächst im Fehlen einer umfassenden und einheitlichen Regelung des materiellen Aufrechnungsrechts. Dieser Zustand der Rechtszersplitterung wurde zwar durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt; eine eindeutige und befriedigende Klärung aller mit dem Aufrechnungsvollzug in der mündlichen Verhandlung zusammenhängenden Probleme ist aber auch durch die Vorschriften des neuen Rechts nicht erreicht worden.

Bis zum 1. 1. 1900 waren in Deutschland drei Aufrechnungssysteme zu unterscheiden.

I. Die Theorie der gerichtlichen Kompensation

1. Nach der in der Literatur des gemeinen Rechts vorherrschenden Meinung war ein einseitiger Aufrechnungsvollzug durch privatrechtliche Willenserklärung ausgeschlossen.
Die Aufhebung der Forderungen konnte, falls ein Aufrechnungsvertrag nicht zustande kam, allein durch gerichtliches Urteil herbeigeführt werden und zwar entweder im Klagewege [1], in der Regel aber durch Erhebung der Kompensationseinrede seitens des Beklagten [2].

Das Aufrechnungsurteil war also konstitutiv. Doch wurde die Forderungsaufhebung nicht ausdrücklich im Tenor ausgesprochen; das Urteil war ein verdecktes Gestaltungsurteil.

Deklaratorisch war es im Falle des Aufrechnungsvollzuges auf Einrede hin insoweit, als es infolge der vollzogenen Aufrechnung die Klage abwies.

---

1) Dernburg, Compensation, S. 546 ff; Oetker, S. 249, 581; Windscheid-Kipp, § 349, 5.

2) Dernburg, Compensation, S. 529 f: "Die Compensation vollzieht sich entweder durch Übereinkunft der Parteien oder durch einen Ausspruch des Gerichts. Die einseitige gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung der Parteien, compensieren zu wollen, bringt, solange sie nicht vom Gegenteile akzeptiert ist, keine Änderung des Rechtsverhältnisses hervor."

Uneinigkeit bestand lediglich über den Inhalt der Kompensationseinrede.

a) Nach Windscheid [3] und Brinz [4] konnte sich die trotz Bestehens einer Gegenforderung auf Zahlung verklagte Partei darauf berufen, daß die Klageforderung mit Entstehung der Gegenforderung kompensiert, d.h. mit der exceptio doli behaftet und dadurch "in ihrer Wirksamkeit gehemmt" worden sei [5].

Kompensation bedeutete hier also - anders als sonst - nicht Forderungsaufhebung, sondern "eine von dem gegenüberstehenden Forderungsrecht des Beklagten ausgehende Wirkung." [6]

Der infolge der eingetretenen Kompensation zur Klageabweisung noch notwendige Aufrechnungsvollzug und damit die Forderungstilgung erfolgte daraufhin durch das Gericht.

b) Nach einer verbreiteten Ansicht [7] trat Kompensation in der unter a) geschilderten Bedeutung zwar erst mit der Geltendmachung der Kompensationseinrede, aber rückwirkend auf den Zeitpunkt des erstmaligen Gegenüberstehens der beiden Forderungen ein. Auf Grund dieser fingierten Rückwirkung wurde im Falle der gerichtlichen Forderungsaufhebung auch die Tilgungswirkung zurückbezogen, sodaß diese Auffassung im Ergebnis mit derjenigen von Windscheid und Brinz übereinstimmte.

c) Nach herrschender Meinung wurden die Forderungen durch ihr Gegenübertreten oder durch die Erklärung der Kompensationseinrede nicht berührt. Mit der Kompensationseinrede wurde also nicht geltend gemacht, daß Kompensation eingetreten sei, sondern sie

---

3) § 349, 2, 3.

4) Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 2. Bd., 1. Abteilung, Erlangen, 1879, S. 419, 429 ff.

5) Windscheid-Kipp, § 349, 3.

6) Windscheid-Kipp, § 349, Anm. 10 : "Die Kompensation hebt das Forderungsrecht nicht ipso iure auf, aber sie tritt ipso iure ein."

7) Arndt Ludwig, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., Stuttgart, 1889, § 265; Puchta G.F., Cursus der Institutionen, 10. Aufl., 2. Bd., Leipzig, 1893, S. 378; Sintenis Carl, Das Practische Gemeine Civilrecht, 3. Aufl., 2. Bd., Leipzig, 1868, S. 446.

war lediglich Antrag auf gerichtliche Forderungsaufhebung [8]. Aus diesem Grunde sah man sie teilweise sogar als unentwickelte Widerklage an [9].

2. In abgewandelter Form wurde die Urteilstheorie von Geib [10] vertreten. Danach wurde mit der Kompensationseinrede ebenfalls der Einwand der Arglist erhoben und deshalb die Abweisung der Klage beantragt. Die Klageforderung wurde mit der exceptio doli behaftet, wenn der Kläger trotz vorhandener Bereitschaft des Beklagten, einen Kompensationsvertrag abzuschließen, Klage auf Zahlung erhob [11]. Auch nach Geib erfolgte der zur Klageabweisung erforderliche Aufrechnungsvollzug durch das Urteil. Doch hat Geib angenommen, daß dieses Urteil formell rein deklaratorisch sei, weil es keine ausdrückliche Anordnung der Forderungstilgung enthalte, sondern nur ausspreche, daß die Klage abgewiesen werde [12].
Konstitutiv sei das Urteil allerdings der Wirkung nach. Der Untergang der Klageforderung ergebe sich nämlich aus der Rechtskraft des klageabweisenden Urteils [13], die Tilgung der Gegenforderung aus den Urteilsgründen; denn aus ihnen gehe hervor, daß der Beklagte die Kompensationseinrede erhoben und sich damit bereit erklärt habe, die Befreiung von der Klageforderung als Befriedigung für seine Gegenforderung anzunehmen. Die Aufhebung der Gegenforderung sei deshalb durch die sich aus den Urteilsgründen ergebende "Satisfaktionskraft des Urteils" bewirkt worden [14].

---

8) Dernburg, Compensation, S. 530, 580.
9) Schollmeyer, Compensationseinrede, S. 1, 26 ff; Lippmann, ZZP 13, 80 ff (99 ff, 119 ff); Oetker, S. 249 ff, 581 f; Thon, JherJb. 28, 37 ff (49 ff : rechtsverfolgende Einrede); Wendt Otto, Lehrbuch der Pandekten, Jena, 1888, S. 581 ff.
10) Otto Geib, Theorie der gerichtlichen Compensation, Tübingen, 1897.
11) S. 39, 46.
12) S. 41, 99 ff.
13) S. 93, 353.
14) S. 96, 353. Auf S. 355 bringt Geib denn auch zum Ausdruck, daß der Richter eigentlich die Aufrechnung gar nicht vollziehe, daß von ihm vielmehr nur die Wirkung des vertraglichen Kompensationsvollzuges durch ein Urteil über die Klageforderung

II. Die Erklärungstheorie

1. Die Möglichkeit, die Forderungsaufhebung durch einseitige Willenserklärung herbeizuführen, wurde für das Gebiet des gemeinen Rechts von der Rechtslehre nur vereinzelt anerkannt [15].

2. Dagegen wurde die Erklärungstheorie auch für den Geltungsbereich des gemeinen Rechts von den Ländergerichten und vom Reichsoberhandelsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten, wobei ausgeführt wurde, daß nicht schon die Existenz einer Gegenforderung die Forderung von selbst aufhebe, sondern Forderung und Gegenforderung solange nebeneinander fortbestünden, bis einer der Beteiligten dem andern gerichtlich oder außergerichtlich den Willen zur Kompensation erklärt habe [16].

Auch das Reichsgericht hat schließlich für das Gebiet des gemeinen Rechts ausgesprochen, daß der Beklagte, indem er den Kompensationswillen ausdrücke, zugleich erkläre, bereits befriedigt zu sein [17].

3. Im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts wurden die in ALR I, 16, §§ 300, 301 enthaltenen Aufrechnungsbestimmungen von Lehre und Rechtsprechung in fast einhelliger Meinung im Sinne der Erklärungstheorie ausgelegt, weil man davon ausging, daß die nach § 301 von selbst eintretende Forderungstilgung die in § 300 genannte Anrechnung zur Voraussetzung habe, also die außerhalb oder innerhalb des Prozesses erfolgte Erklärung des Aufrechnungswillens [18].

---

erreicht werde.

15) Ohnsorge, JherJb. 20, 285 ff (Aufrechnung sei "die dadurch herbeigeführte Tilgung beider Forderungen, daß einer der beiden Forderungsinteressenten dem andern erklärt, er wolle die Forderungen gegeneinander aufheben".); Dernburg, Pandekten, § 62; Kohler, ZZP 20, 1 ff (6 ff); Franz Leonhard, Aufrechnung, S. 82 ff; Petersen, GruchBeitr. 31, 535 ff (548).

16) OAG Wolffenbüttel, SA 7, 165; 17, 25; OAG Dresden, SA 9, 253; 17, 234; OAG Rostock, SA 19, 144; OAG Lübeck, SA 22, 128; Obertribunal Stuttgart, SA 23, 122; OAG München, SA 28, 215; BayObLG, SA 37, 104; OLG Braunschweig, SA 38, 222; ROHGE 10, 167; 13, 262; 14, 433; 19, 77.

17) RGZ 12, 156.

18) Förster-Eccius, S. 593 ff; Koch C.F., Lehrbuch des Preußischen

4. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hatte sich in §§ 988, 992 für den rechtsgeschäftlichen Aufrechnungsvollzug durch gerichtliche oder außergerichtliche Willenserklärung entschieden.

III. Die ipso-iure-Theorie

1. Nach dieser auf den Glossator Martinus zurückgehenden Ansicht trat der Aufrechnungsvollzug kraft Gesetzes bereits mit dem erstmaligen aufrechnungsfähigen Gegenübertreter der beiden Forderungen ein, ohne daß es einer Aufrechnungserklärung bedurfte.

2. Dieser Theorie war das französische Recht in Art. 1290 des code civil gefolgt, allerdings unter Beschränkung auf Aufrechnungen mit liquiden Forderungen (Art. 1291) [19]. Eine Aufrechnung mit illiquiden Gegenforderungen war danach ausgeschlossen. Um dieses unerfreuliche Ergebnis zu vermeiden, war von der französischen Rechtslehre die sog. compensation iudiciaire entwickelt worden [20]. Durch sie erhielt der verklagte Innaber einer illiquiden Gegenforderung die Möglichkeit, seine Forderung im Prozeß durch Einrede geltend zu machen und sie gerichtlich liquide stellen zu lassen, worauf die Forderungen dann kraft Gesetzes erloschen.

Das Gericht vollzog also die Aufrechnung nicht selbst, sondern schuf durch sein Urteil nur ein zur gesetzlichen Forderungstilgung noch fehlendes materielles Aufrechnungserfordernis [21].

3. Diese Art des Aufrechnungsvollzuges wurde von der

---

gemeinen Privatrechts, 3. Aufl., 2. Bd., Berlin 1858, S. 234, 238 f; Rehbein-Reincke, Anm. 141 zur ALR I, 16, § 300 f; Rönne, S. 267 ff; RGZ 4, 331; 7, 245; 11, 115 (119); ROHGE 7, 86; 9, 110; Obertribunal Berlin, SA 30, 134. A.M. nur Dernburg, Lehrbuch, S. 258, der auch für preußisches Recht die Theorie der gerichtlichen Kompensation vertrat.

19) Vgl. Zachäriä-Crome, S. 364 f, 368 ff.

20) Zachariä-Crome, S. 365, 5; Heinsheimer-Wolff, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Sammlung europäischer und außereuropäischer Privatrechtsquellen, Bd. I, Frankreich, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932, Art. 1289 ff code civil.

21) Zachariä-Crome, S. 365, 5.

französischen Praxis übernommen und auch vom RG anerkannt, welches ausgeführt hat, daß bei der compensation iudiciaire die Kompensation nicht von Rechts wegen eintrete. Vielmehr handele es sich dabei nur um die Möglichkeit, illiquide Gegenforderungen dadurch, daß sie im Laufe des Prozesses liquidiert würden, zur Kompensation tauglich zu machen [22].

IV. Außer- und innerprozessuale Aufrechnung

Auf Grund dieser verschiedenartigen materiellrechtlichen Aufrechnungssysteme ergaben sich für die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß folgende Konsequenzen:

1. Im Gebiet der Theorie der gerichtlichen Kompensation war eine Unterscheidung zwischen prozessualer und außerprozessualer Aufrechnung nicht möglich, da jede Aufrechnung zwangsläufig Aufrechnung im Prozeß war. Weil das von der Partei dem Gericht in Form einer Einrede zu unterbreitende Aufrechnungsbegehren jeder privatrechtlichen Wirkung entbehrte und der Aufrechnungsvollzug allein durch das Urteil herbeigeführt wurde, war das Aufrechnungsvorbringen Prozeßhandlung.

2. Umgekehrt gab es im Geltungsbereich der ipso-iure-Theorie bei liquiden Forderungen eine Aufrechnung im Prozeß überhaupt nicht, weil die Aufrechnungswirkung automatisch kraft Gesetzes eintrat und zur Tilgung der Forderungen eine von der Partei im Prozeß erst abzugebende Aufrechnungserklärung nicht erforderlich war.

Die Aufrechnung erfolgte daher unstreitig durch einen außerprozessualen Vorgang, da sie sich ohne Mitwirkung der Parteien und des Gerichtes vollzog. Prozeßhandlung war lediglich die im Prozeß vorgetragene Berufung der Partei auf die außerprozessual kraft Gesetzes eingetretene Forderungsaufhebung, eine rechtsvernichtende Einwendung, wie die Berufung auf eine bereits vorgenommene Zahlung.

Auch die compensation iudiciaire war ihrem Wesen nach weder ein auf der Kompensationseinrede der Partei noch ein unmittelbar auf dem Urteil des Gerichts beruhender Aufrechnungsvollzug; denn das auf die Geltendmachung der Gegenforderung hin ergehende Urteil beseitigte nur die Illiquidität der Gegenforderung,

---

22) RGZ 12, 325; 43, 382.

worauf die Forderungen infolge beiderseitiger Liquidität von selbst erloschen.

3. Demgegenüber konnte im Gebiet der Erklärungstheorie die Erklärung des Aufrechnungswillens sowohl außerhalb wie innerhalb der mündlichen Verhandlung erfolgen.

a) Keinerlei Schwierigkeiten ergaben sich, falls der auf Zahlung verklagte Schuldner die Aufrechnung schon vor Prozeßbeginn oder während des Prozesses, aber außerhalb der mündlichen Verhandlung, erklärte, weil die außerprozessuale Aufrechnung unstreitig bürgerlich-rechtliches Gestaltungsgeschäft war.

Nur die Berufung auf die rechtsgeschäftlich bereits vollzogene Aufrechnung (sog. compensatio iam facta), also die Geltendmachung des rechtsvernichtenden Einwandes, daß Klage- und Gegenforderung rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem sie sich erstmals aufrechnungsfähig gegenüberstanden, erloschen seien, war hier Prozeßhandlung und zwar eine sog. Erwirkungshandlung [23], weil sie das Gericht zu einer Entscheidung bestimmten Inhalts veranlassen sollte und zugleich den zu dieser Entscheidung erforderlichen Prozeßstoff lieferte.

b) Erklärte der Beklagte dagegen die Aufrechnung erst in der mündlichen Verhandlung, so stellte sich alsbald die Frage, ob die Abgabe der Aufrechnungserklärung im Prozeß nicht eine Veränderung der privatrechtlichen Natur der Aufrechnung zur Folge habe oder gar völlig anders zu beurteilen sei als das außerprozessuale Rechtsgeschäft.

Der hierüber entstandene Theorienstreit ist auch unter der Herrschaft des neuen Rechts bis heute mit unverminderter Heftigkeit fortgeführt worden, nachdem sich das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 387 ff ebenfalls für den einseitigen rechtsgeschäftlichen Aufrechnungsvollzug entschieden, die Aufrechnung im Prozeß aber einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung nicht unterworfen hat.

---

23) Rosenberg, Lehrbuch, § 60 I.

1. Kapitel : Die Theorien

§ 2. Die zivilistische Theorie

I. Die Erklärung der Aufrechnung

Nach der zivilistischen (materiellrechtlichen) Theorie ist die von der Partei in der mündlichen Verhandlung abgegebene Aufrechnungserklärung das Rechtsgeschäft des § 388 Satz 1 BGB. Voraussetzungen, Form und Wirkungen dieser Erklärung richten sich daher allein nach bürgerlichem Recht. Der Umstand, daß diese Willenserklärung "rein zufällig" in der mündlichen Verhandlung eines anhängigen Rechtsstreits abgegeben wird, berührt ihre Rechtsnatur in keiner Weise, macht den Vorgang insbesondere nicht zu einer Prozeßhandlung.

II. Die Berufung auf die Aufrechnung

Von der Erklärung der Aufrechnung ist die Geltendmachung der erklärten Aufrechnung streng zu unterscheiden. Mit der Erklärung der Aufrechnung setzt die Partei nämlich zugleich das Gericht von der hierdurch soeben rechtsgeschäftlich erfolgten Forderungsaufhebung in Kenntnis, führt also den Einwand der vollzogenen Aufrechnung in den Prozeß ein. Da dies die Unterbreitung einer rechtsvernichtenden Tatsache ist, verbunden mit dem Ersuchen an das Gericht, diese im Urteil zu berücksichtigen, ist die Geltendmachung der Aufrechnung - aber nur sie - Prozeßhandlung.

1. Aufrechnungserklärung und Berufung auf die dadurch vollzogene Aufrechnung fallen also rein äußerlich in einem Akt zusammen. Insoweit kann daher von einem Doppeltatbestand gesprochen werden, der sowohl ein Rechtsgeschäft als auch eine Prozeßhandlung umfaßt. Rechtlich und logisch sind die beiden Vorgänge jedoch selbständig und sehr wohl voneinander zu trennen. Die Berufung auf Aufrechnung ist kein Teil der Aufrechnung und hat auf deren rechtlichen Bestand keinen Einfluß. Die Unwirksamkeit der Berufung auf Aufrechnung beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung und umgekehrt.

Der im Prozeß erklärten Aufrechnung kommt also eine Doppelnatur nicht zu. Sie ist allein privates Rechtsgeschäft; zwischen der Aufrechnung im Prozeß und der außerprozessualen Aufrechnung besteht kein Unterschied.

2. Nach der Zusammenstellung von Rosenberg [1] bedeutet dies:
Als Rechtsgeschäft ist die Prozeßaufrechnung

a. auf jede Weise zu erklären, also auch im vorbereitenden Schriftsatz,

aa) aber nur vom materiell Berechtigten dem materiellrechtlich bestimmten Adressaten gegenüber, niemals also gegenüber dem Gericht,

bb) mangels entgegenstehender Bestimmungen ohne zeitliche Beschränkung,

b. unwiderruflich, aber anfechtbar beim Vorliegen von Willensmängeln,

c. rechtsgestaltend mit ihrer Erklärung, ohne Rücksicht auf den Erlaß eines klageabweisenden Sachurteils.

III. Die Bedeutung der zivilistischen Theorie

1. Diese Theorie wurde, insbesondere nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, bald zur herrschenden Meinung und ist es bis heute geblieben [2].

---

1) Lehrbuch, § 59, 2b.

2) Vertreter der zivilistischen Theorie sind: Berolzheimer, JW 99, 649; Busse, SächsArchRpfl 1906, 121 ff; Dernburg-Engelmann, S. 347 ff (S. 347: "Die Erklärung im Prozeß hat keine andere Natur als die außerprozessualische. Sie ist wie diese ein einseitiges, sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und untersteht wie diese den Vorschriften des BGB, §§ 387 ff über Aufrechnung".); Eccius, GruchBeitr. 42, 15 ff, 233 ff (251 ff); Fischer-Henle-Titze, § 388, 7; Förster-Kann, § 54, 2; Förtsch, GruchBeitr. 42, 225 ff; SächsArchBürgR 7, 401 ff; Freudenthal-Sauerländer, § 145, 10; Goldmann-Lilienthal, S. 427 ff (S. 428: "Die Aufrechnungserklärung bezweckt, die gegenüberstehenden Forderungen zum Erlöschen zu bringen, sie ist somit stets ein materielles Rechtsgeschäft, mag sie auch im Laufe eines Rechtsstreits und innerhalb desselben erfolgen".); Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 123 ff, 132; Prozeß als Rechtslage, S. 468 ff; ArchBürgR 15, 160 ff; Grabner, ZZP 48, 531 ff (S. 536: "Die sog. Prozeßaufrechnung unterscheidet sich in nichts von der Aufrechnung, die vor dem Beginn des Rechtsstreits erklärt worden ist".); Kreß, S. 560; Landsberg Ernst, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Hälfte, Berlin, 1904, S. 367; Franz Leonhard, Schuldrecht, S. 619 ff; Aufrechnung, S. 147 ff; Nußbaum, S. 73 ff; Otto, SächsArchBürgR 8, 641 ff

2. Auch das Reichsgericht hat diese Auffassung in ständiger Rechtsprechung vertreten.

a) Es bezeichnet die Prozeßaufrechnung als Erklärung, die zugleich Rechtsgeschäft des materiellen Rechts sei und

---

(728 ff); Petersen, SeuffBl. 64, 253 ff; Petzold, GruchBeitr. 44, 845 ff (S. 848: "Die Aufrechnung wird dadurch, daß sie zufällig im Prozeß erklärt wird, ebensowenig zu einer Prozeßhandlung wie eine während des Rechtsstreits erfolgte Zahlung oder ein Selbsthilfeverkauf".); Planck, § 388, 2; Planck-Siber, § 388, 2; Redlich, ZZP 25, 357 ff (S. 379: "Prozeßhandlung ist nur die Berufung einer Prozeßpartei auf die Aufrechnung, welche, wenn die Erklärung der letzteren erst im Prozeß geschieht, mit dieser vereinigt werden kann. Es liegen dann in Wahrheit zwei Rechtsakte vor, von denen jeder seinen eigenen Regeln folgt".); Rehbein, § 387 ff, 23, 24; Reichel, JherJb. 60, 38 ff (60 ff); Reincke, § 145, V B 2 (§ 145,VB 2a: "Erfolgt die Aufrechnungserklärung im Prozeß, so bleibt sie, gleichviel ob sie durch Schriftsatzzustellung oder in der mündlichen Verhandlung abgegeben wird, doch ihrer Natur nach eine rechtsgeschäftliche, da sie nur den Rechtsgrund für eine Einrede erzeugt".); Rudorff-Schaefer, S. 67; Schollmeyer, BGB, § 388, 2; Siber, Compensation, S. 111 ff; Simeon, S. 317; Stammler Rudolf, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1897, S. 242 f; Stölzel, Schulung, S. 300 ff; JherJb. 60, 467 ff; Warneyer Otto, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 9.Aufl., Berlin 1940, § 387, VI, § 388; Weigelin, S. 8; Windscheid-Kipp, S. 479; von neueren Schriftstellern gehören hierher: Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch, 21.Aufl., Berlin, 1958, § 388, 2; Baumbach-Lauterbach, § 145, 4 C (Es sei zwischen der sachlichrechtlichen und der prozeßrechtlichen Erklärung der Prozeßhandlung zu unterscheiden. Die Aufrechnung sei privatrechtliches Rechtsgeschäft, ihre Geltendmachung Prozeßhandlung); Grundzüge vor § 128, 5 J; Baumgärtel, S. 149 ff, 161 ff; Blomeyer, Schuldrecht, S. 274, 1; Zivilprozeß, § 30 I, 1 - 3, § 60 II; Erman, § 388, 3; Esser, § 73, 4; Lent-Jauernig, § 29, V, § 45; Niese, S. 83 ff; Palandt, § 388, 2; Rosenberg, Stellvertretung, S. 64 ff; Lehrbuch, § 59, 2b, § 104; Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 134; Soergel-Siebert, vor § 387, 2; v. Staudinger, vor § 387, I 3, § 388, III 1, 2; Wieczorek, § 81 B III d, § 145 D I, II; vgl. auch BGB-RGRK, vor § 387, V 8 - 10.

deshalb zugleich eine materiellrechtliche Wirkungs habe [3].

b) Zwar ist stets betont worden, daß die im Prozeß zum Zwecke der Verteidigung erfolgte Aufrechnungserklärung wie jede im Prozeß vorgenommene Parteihandlung, welche dazu diene, dem Gericht den zur Urteilsfällung erforderlichen Prozeßstoff zu unterbreiten, Prozeßhandlung sei [4]. Der Umstand, daß durch den Gebrauch dieses Verteidigungsmittels ein materielles Rechtsgeschäft geschlossen werde, nehme der Handlung die Eigenschaft einer Prozeßhandlung nicht. Doch hat das Reichsgericht nur die Geltendmachung der rechtsgeschäftlich erfolgten Forderungsaufhebung als Prozeßhandlung angesehen. In zwei späteren Urteilen hat es deshalb auch für den Fall der Anfechtung nach BGB ausgesprochen, daß die materielle Wirksamkeit der Erklärung, die mit der Abgabe in der mündlichen Verhandlung eintrete, nicht von der prozeßrechtlichen Form abhängig sei, welche lediglich die Wirksamkeit im Prozeß bedinge [5], und daß die Erklärung der Anfechtung zwar für den Prozeß als Prozeßhandlung erfolge, daß bei der Doppelnatur dieser Rechtsgeschäfte die prozessuale Wirksamkeit aber keineswegs Voraussetzung der materiellen Wirksamkeit sei [6].

3. Die übrige höchstrichterliche Rechtsprechung hat in der Prozeßaufrechnung ebenfalls eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung und eine Prozeßhandlung gesehen [7], wobei

---

3) RGZ 48, 221 = JW 01, 495 und RGZ 49, 393 f (für die Anfechtung nach dem BGB); RGZ 50, 144 (für die Rücktrittserklärung); 50, 427 (für die Aufrechnung); 53, 213 (für die Kündigung) und 58, 227 (zur Aufforderung nach § 1571 Abs. 2 BGB in der bis 6. 7. 1938 geltenden Fassung).

4) RGZ 50, 427.

5) RGZ 53, 149 (mit dieser Begründung ist die wirksame Vornahme des Rechtsgeschäfts im vorbereitenden Schriftsatz zugelassen worden).

6) RGZ 63, 412 = JW 06, 565; ebenso in RGZ 52, 343: "Die Anfechtungserklärung kann im Prozeß rechtsgeschäftlich wirksam erklärt, also erfolgt sein, ohne daß darum die Anfechtungseinrede im prozessualen Sinn als erhoben gelten müßte". (für die Anfechtung nach dem AnfG).

7) KG in SA 56, 173; OLGE 1, 139; 2, 217 und 294; 33, 239; OLG Kiel in SA 56, 220 (die Prozeßaufrechnung trage nicht nur

unter Prozeßhandlung wiederum nur die Berufung auf Aufrechnung verstanden wurde [8].

4. Denselben Standpunkt hat schließlich auch der BGH eingenommen, ohne die Frage allerdings ausdrücklich zu entscheiden [9].

5. Gegen die Richtigkeit der zivilistischen Theorie wurden bald erhebliche Bedenken erhoben. Die Gegner wiesen vor allem darauf hin, daß die Aufrechnung als Rechtsgeschäft nicht unter einer Bedingung abgegeben werden könne (§ 388 Satz 2 BGB), sodaß danach die Eventualaufrechnung als häufigste Erscheinungsform der Aufrechnung im Prozeß als unzulässig angesehen werden müsse. Da bei Annahme eines Rechtsgeschäfts die Forderungstilgung mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung eintrete (§ 389 BGB), verliere der aufrechnende Beklagte seine Gegenforderung auch in den Fällen, in denen ein Aufrechnungsvollzug zur Erreichung eines klageabweisenden Urteils gar nicht erforderlich

---

zur Beendigung des Prozesses bei, sondern habe zugleich die Erfüllung des Anspruchs zur Folge); OLG Hamburg in OLGE 1, 77.

8) Besonders eindeutig ist dies aus der KG-Entscheidung in OLGE 33, 239 ersichtlich, welcher folgender Sachverhalt zugrunde lag: der Beklagte, der im Prozeß aufgerechnet hatte, war zur Zahlung verurteilt worden, weil das Gericht die Aufrechnung übersehen hatte. Daraufhin klagte er in einem neuen Prozeß seine Gegenforderung ein. Das KG wies die Klage ab, weil die im Vorprozeß abgegebene Aufrechnungserklärung das Erlöschen der beiden Forderungen bewirkt habe. Das damalige Urteil sei also objektiv falsch gewesen. Weil die Forderungen aber erloschen seien, könne der Kläger seine untergegangene Forderung nicht mehr einklagen.

9) BGHZ 16, 129 ("Der Richter ist zuständig für die Entscheidung, ob die vom Beklagten vor oder im Prozeß erklärte Aufrechnung zum Erlöschen der Klageforderung geführt hat".) und BGHZ 23, 23 ("Die in einem Prozeß erklärte Aufrechnung mit einer Gegenforderung hat sowohl sachlichrechtliche wie auch prozessuale Bedeutung. In ihrem sachlichrechtlichen Gehalt führt sie zur Tilgung der Klageforderung. Das bedeutet, daß die Klageforderung nicht mehr besteht und infolgedessen die Klage selbst unbegründet ist" .).

gewesen sei, ja selbst dann, wenn sein Aufrechnungsvorbringen nach §§ 279 Abs. 1, 529 Abs. 5, 767 Abs. 2 ZPO überhaupt nicht als Urteilsgrundlage verwendet werde. Dies sei aber mit dem Wesen der Prozeßaufrechnung als reines Verteidigungsmittel unvereinbar und führe zu unbilligen Ergebnissen. Endlich seien die Anhänger der zivilistischen Theorie gezwungen, in Anwaltsprozessen eine Sondervollmacht des Prozeßbevollmächtigten zur Abgabe und Entgegennahme von Aufrechnungserklärungen zu verlangen, weil die Prozeßvollmacht zwar zur Vornahme aller Prozeßhandlungen, nicht aber zu privatrechtlichen Willenserklärungen ermächtige (§ 81 ZPO). Aus alledem gehe hervor, daß die Prozeßaufrechnung nicht oder doch nicht ausschließlich materielles Rechtsgeschäft sein könne.

Auf Grund dieser Überlegungen wurden die prozessuale Theorie und drei gemischte Theorien als Gegenmeinungen zur zivilistischen Theorie entwickelt.

§ 3. Die prozessuale Theorie

I. Die Aufrechnung als Prozeßhandlung

Nach der prozessualen Theorie ergibt sich die Rechtsnatur der in der mündlichen Verhandlung erklärten Aufrechnung aus der Besonderheit der prozessualen Situation, in der sich die Parteien befinden.

1. Nach dieser Meinung wird bei der außerprozessualen Aufrechnung (§§ 387 ff BGB) das Bestehen der beiderseitigen Forderungen vorausgesetzt, während bei der Aufrechnung im Prozeß nicht Forderung gegen Forderung steht, sondern Behauptung gegen Behauptung [1], also Vorbringen zur Stützung der Klage (Angriffsmittel) gegen Vorbringen zur Abwehr der Klage (Verteidigungsmittel).

2. Als Handlung, die das Gericht zu einer bestimmten Entscheidung veranlassen soll und zugleich den dazu erforderlichen Prozeßstoff liefert, ist das Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln Prozeßhandlung (Erwirkungshandlung).

Erklärt der Schuldner die Aufrechnung erst im Prozeß, so dient sie ebenfalls der Abwehr des Klageanspruchs. Der Schuldner benützt die Aufrechnung also als Verteidigungsmittel.

---

1) Nikisch, Festschrift, S. 779 f und Lehrbuch, § 68 II 3.

Dieser Zweck der Vornahme prägt der Aufrechnung den Stempel auf [2]. Sie ist also Prozeßhandlung und zwar nur Prozeßhandlung; denn in der Unterbreitung der das Aufrechnungsvorbringen stützenden Tatsachen und in der Bitte, dieses Vorbringen im Urteil zu berücksichtigen, also in der bloßen Bekämpfung des Klageanspruchs, erschöpft sich der Zweck der Aufrechnung im Prozeß.

3. Die Aufrechnung im Prozeß ist nicht das materielle Rechtsgeschäft, das zur Aufhebung der Forderungen führt; hätte der Schuldner die Tilgung gewollt, so hätte er ja außerprozessual aufrechnen können [3]. Sie kann daher die aufhebende Wirkung nicht selbst hervorbringen. Die zur Klageabweisung notwendige Forderungstilgung muß sonach im Urteil erfolgen.

Das Urteil ist deshalb Gestaltungsurteil; deklaratorisch ist es nur insoweit, als es auf Grund der vollzogenen Aufrechnung das Nichtmehrbestehen der Forderungen feststellt und die Klage abweist [4].

4. Die im Prozeß erklärte Aufrechnung ist also ein Rechtsinstitut eigener Art [5], das unabhängig neben der Aufrechnung nach §§ 387 ff BGB steht [6]. Zwar dient auch sie der rückwirkenden Vernichtung der einander gegenüberstehenden Forderungen, doch erreicht sie dieses Ziel auf andere Art und Weise [7].

Da sie reine Prozeßhandlung ist, richten sich Form, Voraussetzungen und Wirkungen allein nach Prozeßrecht; eine über den Prozeß hinausreichende materiellrechtliche Wirkung kommt ihr nicht zu.

5. Nach der Zusammenstellung von Rosenberg [8]

---

2) Wach, ZZP 27, 13.
3) Nikisch, Lehrbuch, § 54 III 3.
4) Nikisch, Festschrift, S. 780.
5) Nikisch, Festschrift, S. 771.
6) Der Beklagte kann deswegen auch im Prozeß zivilistisch aufrechnen. So Nikisch, Festschrift, S. 783; Eck-Leonhard, S. 373, Anm. 2,4; Thon, JherJb. 60, 387; a. M. Lippmann, JherJb. 43, 480.
7) Nikisch, Festschrift, S. 779.
8) Lehrbuch, § 59, 2b

bedeutet das:

Als Prozeßnandlung ist die Prozeßaufrechnung

a) nur in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu vollziehen und zwar
   aa) durch Erklärung nur dem Gericht gegenüber, also auch in Abwesenheit des säumigen Gegners,
   bb) von allen Prozeßführungsberechtigten,
   cc) bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, soweit keine prozessualen Vorschriften (§§ 279, 529, 767 ZPO) entgegenstehen,
b) frei widerruflich, aber unanfechtbar bei Willensmängeln,
c) wirksam nur durch ein klageabweisendes Sachurteil.

II. Die Ergebnisse der prozessualen Theorie

Da die Bedeutung der Aufrechnung als Prozeßhandlung ausschließlich darin liegt, den Inhalt einer richterlichen Entscheidung zu beeinflussen, ist die Aufrechnung demnach wirkungslos, wenn sie im Urteil unberücksichtigt bleibt, sei es, weil sie als Prozeßhandlung widerrufen und damit hinfällig wird oder in den Fällen der Klagerücknahme, des Prozeßurteils, der Zurückweisung und Nichtzulassung nach §§ 279, 529, 767 ZPO oder eines Sachurteils, das die Klage nicht auf Grund der Aufrechnung abweist [9].

§ 4. Die Mischtheorien

Die Anhänger der gemischten Theorien nehmen eine vermittelnde Stellung zwischen der zivilistischen und der prozessualen Theorie ein.

Mit den Vertretern der prozessualen Theorie verbindet sie, daß sie in der Prozeßaufrechnung entweder eine reine Prozeßhandlung, zumindest aber a u c h eine Prozeßhandlung erblicken. Mit den Vertretern der zivilistischen Theorie haben sie gemeinsam, daß sie eine Forderungsauf-

---

9) Vertreter dieser Theorie sind: Eck-Leonhard, S. 360, 373 ff; Lippmann, JherJb. 43, 435 ff (476, 480 ff, 505); Thon, ZZP 27, 374 ff (S. 375: Die Aufrechnung im Prozeß sei das Begehren an das Gericht, daß dieses die Aufrechnung vollziehe), stark eingeschränkt allerdings in JherJb. 60, 365 ff; neuerdings mit eingehender Begründung Nikisch, Lenrbuch, § 68; Festschrift, S. 765 ff; ebenso Larenz, § 27, c.

hebung durch richterliches Gestaltungsurteil ablehnen und den Aufrechnungsvollzug an die Erklärung der Partei knüpfen.

I. Die prozessualen Mischtheorien

Die unter den Mischtheorien vorherrschende Meinung sieht in der Prozeßaufrechnung gleichfalls eine reine Prozeßhandlung. Zu diesem Ergebnis gelangt sie, weil sie in Übereinstimmung mit der prozessualen Theorie davon ausgeht, daß die Partei, die erst im Prozeß aufrechnet, die Aufrechnung nur als Prozessuales Verteidigungsmittel verwenden will.

1. Die Aufrechnung ist also im Tatbestand ausschließlich prozessual [1]. Voraussetzungen, Form und Wirkungen richten sich daher nach Prozeßrecht. Die Aufrechnung ist demnach in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu vollziehen und zwar durch Erklärung dem Gericht gegenüber, welche von allen Prozeßführungsberechtigten bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung abgegeben werden kann, soweit nicht Ausnahmevorschriften (§§ 279, 529 ZPO) entgegenstehen. Die Aufrechnung ist schließlich beim Vorliegen von Willensmängeln unanfechtbar, kann aber jederzeit frei widerrufen werden.

2. Die Prozeßaufrechnung ist jedoch eine Prozeßhandlung mit zivilrechtlichen Wirkungen [2].

Ist sie nämlich nach den Regeln des Prozeßrechts wirksam vollzogen, d. h. vorschriftmäßig in der mündlichen Verhandlung erklärt, so hat sie zugleich die privatrechtlichen Wirkungen einer gewöhnlichen Aufrechnungserklärung, falls die Wirksamkeitsvoraussetzungen des BGB (§§ 387, 390-396) gegeben sind.

Die Aufrechnung ist also zwar kein Doppeltatbestand, hat aber Doppelwirkung, nämlich auf prozessualem und auf materiellrechtlichem Gebiet [3].

3. Uneinigkeit besteht jedoch über den Zeitpunkt des Eintritts der Forderungsaufhebung.

---

1) Oertmann, S. 45.
2) Kohler, ZZP 20, 20.
3) Oertmann, S. 34

a) Nach der von Kohler [4] begründeten Theorie der aufschiebend bedingten Privatrechtswirkungen tritt die zivilrechtliche Wirkung nicht schon mit der prozessual wirksamen Erklärung der Aufrechnung ein, sondern nur unter der Bedingung, "daß die Klage durchgeführt wird" [5] und daß der Prozeß zu einem auf der Aufrechnung beruhenden Urteil führt [6]. Die Tilgungswirkung ist also aufschiebend bedingt durch den Erlaß eines die Klage abweisenden Aufrechnungsurteils.

Das Urteil ist demnach zwar Voraussetzung für das Erlöschen der beiden Forderungen, ist aber kein Gestaltungsurteil [7].

---

4) ZZP 20, 1 ff; 24, 1 ff (18 ff); 29, 1 ff; Lehrbuch, S. 215 ff;
5) Kohler, ZZP 20, 16.
6) Kohler, Lehrbuch, S. 216: "Die Einrede enthält die Erklärung aufzurechnen, sofern und soweit die Klageforderung im übrigen als bestehend erkannt wird".
7) Kohler, ZZP 20, 15 f (Der Richter habe nicht zu kompensieren, sondern nur den eingetretenen Kompensationseffekt auszusprechen; das Urteil habe nur die Bedeutung, daß die bis dahin wankende und unsichere Kompensationserklärung definitiv werde). Weitere Vertreter dieser Theorie sind: Brettner, DJZ 1898, 243 ff (prozessualische Rechtsaktion mit ziviler Wirkung); Bülow, S. 84 ff; Crome, S. 302 ff (auch die Prozeßaufrechnung sei Rechtsgeschäft, doch stecke die Erklärung hier in einer Prozeßhandlung. Der mit dem Urteilsspruch eintretende Aufrechnungseffekt werde also durch die in prozessualischem Gewande vorgenommene Aufrechnungserklärung herbeigeführt); Hellwig, System, 1. Teil, S. 432 ff, 661 (rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung und Prozeßhandlung, aber die Prozeßhandlung nehme das Rechtsgeschäft in sich auf); Lehrbuch, Bd. 1, S. 242 ff (als Prozeßhandlung bleibe die Aufrechnung ohne Wirkung, wenn der Prozeß ohne Entscheidung zur Hauptsache ende, weil in diesem Fall die Bedingung, unter der die Aufrechnung stehe, nicht eingetreten sei); Kleinfeller, S. 201; Matthiaß, § 95 B 1 (Prozeßhandlung mit zivilrechtlichen Wirkungen, die jedoch erst eintreten könnten, wenn die prozessuale Erklärung im Urteil unanfechtbar geworden sei); Schneider, ZZP 31, 275 ff (Prozeßhandlung, die nur im Urteil und durch dieses eine privatrechtliche Wirkung ausübe); Wach, ZZP 27, 1 ff (Prozeßhandlung, die auf der prozessualen Voraussetzung der möglichen

Diese Theorie stimmt also im Ergebnis mit der prozessualen Theorie völlig überein.

Auch nach der Theorie der aufschiebend bedingten Privatrechtswirkungen kann die Partei im Prozeß zivilistisch aufrechnen [8].

b) Nach der unter den Mischtheorien verbreitetsten Ansicht tritt die zivilrechtliche Wirkung dagegen sofort mit der wirksamen Vornahme der Prozeßhandlung ein. Die Aufrechnungserklärung bewirkt also unmittelbar den Untergang der beiden Forderungen.

Keine einheitliche Auffassung herrscht innerhalb dieser Theorie aber über das Ausmaß der privatrechtlichen Wirkungen.

aa) Nach der Theorie der unselbständigen oder bedingten Privatrechtswirkungen [9] bleiben die eingetretenen zivilrechtlichen Folgen nur dann bestehen, wenn die gültige Aufrechnungserklärung auch prozessual wirksam bleibt, also zur Klageabweisgung führt. Bis zum Erlaß des Aufrechnungsurteils tritt die Forderungsaufhebung noch nicht endgültig ein. Die Aufrechnung ist also privatrechtlich zunächst nur schwebend wirksam [10].

Die Aufrechnung hat danach keine privatrechtlichen Folgen, wenn schon die prozessuale Erklärung unwirksam ist, etwa mangels Prozeßfähigkeit des Beklagten.

Ist die Aufrechnung in jeder Hinsicht wirksam erklärt, erlöschen die beiderseitigen Forderungen. Wird diese Aufrechnung jedoch nicht als Urteilsgrundlage verwertet, entfällt die ursprünglich eingetretene bürgerlichrechtliche Wirkung wieder [11].

Auch diese Theorie unterscheidet sich also im Ergebnis

Sachentscheidung ruhe).

8) Hellwig, Prozeßhandlung, S. 73; Lehrbuch, Bd. 1, S. 243, 245; Kohler, ZZP 24, 27 (ausdrücklich nur für die Aufrechnung während des Prozesses); a. M. Wach, ZZP 27, 16 (eine während des Prozesses vollzogene Aufrechnung gebe es nicht, im Gegensatz zu der in ihm zu vollziehenden); Schneider, ZZP 31, 281 (für die im Prozeß erklärte Anfechtung).

9) Oertmann, S. 30.

10) Oertmann, S. 46 ff.

11) Oertmann, S. 31, 46 ff.

nicht von der prozessualen Theorie [12]. Auch nach dieser Meinung kann der Beklagte ferner im Prozeß rechtsgeschäftlich aufrechnen [13].

bb) Nach der Theorie der selbständigen oder unbedingten Privatrechtswirkungen [14] tritt die zivilrechtliche Wirkung mit der gültigen Vornahme der Prozeßhandlung endgültig und unwiderruflich ein. Eine Klagerücknahme oder ein Prozeßurteil usw. beseitigen die erfolgte Forderungsaufhebung nicht mehr. Auch ein Widerruf der Prozeßhandlung hat nur die Nichtberücksichtigung der Aufrechnung im Urteil zur Folge, nimmt der Prozeßhandlung aber nicht ihre bürgerlichrechtliche Wirkung.

---

12) Ihr hauptsächlichster Vertreter ist Oertmann, S. 45 ff; ferner Bunsen, Lehrbuch, S. 212; ZZP 26, 294 ff und 35, 401 ff (Rechtsgeschäft, das im Prozeß in der Form einer Prozeßhandlung vorgenommen werde. Ob der materielle Erfolg endgültig herbeigeführt werde, zeige sich aber erst im Urteil); Enneccerus-Lehmann, S. 278 f; Geib, Rechtsschutzbegehren, S. 180 ff (Prozeßhandlung mit materiellen Wirkungen, welche aber mit der Unwirksamkeit der Prozeßhandlung, insbesondere, wenn es nicht zur Entscheidung in der Hauptsache komme, entfielen); Kiehl, GruchBeitr. 45, 753 ff (763 f); Langheineken, S. 128 ff (Prozeßhandlung, deren Wirkungen sofort und in vollem Umfang einträten, die aber hinfällig werde, wenn kein gültiges Prozeßrechtsverhältnis begründet worden sei); Müller, SächsArchBürgR 13, 147 ff; Naddatz, SächsArchBürgR 10, 217 ff; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145, VI 2b (eine grundsätzlich dem materiellen Recht zugeordnete Erklärung, die nicht einfach als Prozeßhandlung angesehen werden könne. Dies schließe es aber, mich Rücksicht auf die besondere prozessuale Situation, in der sie abgegeben werde, nicht aus, für ihr wirksames Zustandekommen weitgehend Vorschriften des Prozeßrechts anzuwenden. Voraussetzungen, Form und Zeitpunkt der Zulässigkeit bestimmten sich daher im Zweifel nach Prozeßrecht); anders noch Anm. VI 2, 3 vor § 128 (Prozeßhandlung, die zugleich Rechtsgeschäft sei); ferner Trutter Josef, Über prozessualische Rechtsgeschäfte, München, 1890, S. 127 ff (vom Prozeßrecht normiertes Rechtsgeschäft).

13) Geib, Rechtsschutzbegehren, S. 184; Langheineken, S. 129; Oertmann, S. 40, 47; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145, VI 2b.

14) Oertmann, S. 30

Diese Meinung stimmt also, was die Wirkungen der Aufrechnung anlangt, mit der zivilistischen Theorie überein [15].

c) Eine vermittelnde Stellung zwischen der prozessualen Theorie und der Theorie der aufschiebend bedingten Privatrechtswirkungen hat schließlich Thon [16], ursprünglich ein Anhänger der Theorie vom gerichtlichen Aufrechnungsvollzug [17], eingenommen.

Nach seiner Ansicht erfolgt die Aufrechnung seit dem Inkrafttreten des BGB durch Erklärung. Diese Erklärung brauche aber nicht durch den Beklagten persönlich zu geschehen. Im Aufrechnungsvorbringen liege daher die Ermächtigung des Richters, die Aufrechnung für den Beklagten auszusprechen. Aus diesem Grunde wirke die Aufrechnungserklärung unmittelbar auch noch nicht zivilrechtlich. Ergebe sich nach Abschluß der mündlichen Verhandlung, daß die Aufrechnung zur Klageabweisung erforderlich sei, erkläre der Richter die Aufrechnung namens des Beklagten und ziehe daraus zugleich die rechtliche Konsequenz, indem er die Klage abweise. Mit Zustellung dieses Aufrechnungsurteils an den Kläger werde diesem gegenüber die Aufrechnung auch zum Ausdruck gebracht, sodaß nunmehr allen Erfordernisses des bürgerlichen Rechts genügt sei [18].

II. Die Theorie vom Doppeltatbestand

1. Nach einer insbesondere von Walsmann [19] und

---

15) Sie wird vertreten von Lang, S. 49 f (die Prozeßaufrechnung sei, wenn auch Prozeßhandlung, so doch gewöhnliche Aufrechnung, welche selbst dann materiellrechtlich wirke, wenn der Prozeß nicht durch ein auf ihr beruhendes Sachurteil erledigt werde); Petersen-Anger, § 145, V 12 (die zivilrechtliche Aufrechnungserklärung könne mit materieller Wirkung unbedenklich durch die Einrede der Aufrechnung im Prozeß ersetzt werden); Seuffert, § 145, 4a (die Prozeßaufrechnung sei keine besondere Art der Aufrechnung, habe aber die Natur einer Prozeßhandlung. Daraus könne aber nicht gefolgert werden, daß sie ohne materielle Wirkung sei, wenn der Prozeß mit einem die Klage abweisenden Prozeßurteil ende); Struckmann-Koch, § 81, 2.

16) JherJb. 60, 365 ff (399 ff).

17) Vgl. ZZP 27, 374 ff.

18) Vgl. auch Eck-Leonhard, S. 360, Anm. 3.

19) AcP 102, 122 ff, Seuffert-Walsmann, 3c vor § 128.

Weismann [20] vertretenen Meinung ist die im Prozeß erklärte Aufrechnung Prozeßhandlung und materielles Rechtsgeschäft im Sinne eines echten Doppeltatbestandes.

Prozeßhandlung ist sie, weil sie dazu dient, dem Richter Prozeßstoff zur Urteilsfällung zu unterbreiten und die Klageabweisung herbeizuführen. Zugleich ist die Aufrechnung jedoch materielles Rechtsgeschäft, weil sie ihre ursprüngliche Rechtsnatur nicht dadurch verliert, daß sie im Prozeß vorgenommen wird.

Die Aufrechnungserklärung ist daher ein Doppeltatbestand mit Doppelwirkung, nämlich auf prozessualem und auf materiellem Gebiet und "ein Gebilde, das infolge seiner Doppelnatur teils den zivilrechtlichen, teils den prozessualen Grundsätzen untersteht" [21].

a) Form, prozessuale Wirkungen und die den Bestand und die zeitlichen Beschränkungen der Erklärung betreffenden Bestimmungen richten sich nach Prozeßrecht, die zivilrechtlichen Wirkungen und die den Inhalt der Erklärung betreffenden Gültigkeitsvoraussetzungen [22] richten sich nach Privatrecht, sodaß daher auch die Voraussetzungen des BGB gegeben sein müssen.

Die Erklärung ist also "trotz ihres prozessualen Gewandes im Grunde zivilrechtlich geblieben", sie nimmt nur bestimmte prozessuale Eigenschaften an [23].

b) Die rechtsgestaltende Wirkung tritt mit Abgabe der Erklärung ein, doch ist diese Wirkung noch nicht definitiv. Denn das BGB knüpft den Eintritt der privatrechtlichen Aufrechnungswirkung nur an eine endgültige und unwiderrufliche Aufrechnungserklärung. Soweit die Aufrechnung aber Prozeßhandlung ist, erlangt sie diese

---

20) ZZP 26, 1 ff (17 ff).

21) Walsmann, S. 127 f. Zwar bezeichnet er die Aufrechnung in Seuffert-Walsmann, Anm. 3c vor § 128 als einheitlichen Tatbestand. Dies ist aber nur im Zusammenhang mit seiner Kritik der zivilistischen Theorie zu verstehen, welcher er an gleicher Stelle eine gekünstelte Zerreißung des einheitlichen Aufrechnungsvorgangs in ein Rechtsgeschäft und eine diesem nachfolgende Prozeßhandlung vorwirft.

22) "Das Bestehen des Aufrechnungsrechts" (Levin, GruchBeitr. 61, 832).

23) Walsmann, S. 128.

Eigenschaften erst durch den Erlaß eines Sachurteils, während sie vorher frei widerruflich ist und durch eine Klagerücknahme oder durch ein Prozeßurteil gegenstandslos würde. Endet der Prozeß also ohne Sachurteil, verliert die Aufrechnungserklärung als Prozeßhandlung jede Wirkung; damit wird sie aber auch als materielles Rechtsgeschäft hinfällig, weil beide Teile des Doppeltatbestandes derart eng miteinander verknüpft sind, daß sie das gleiche rechtliche Schicksal erleiden müssen [24]. Ergeht dagegen ein Sachurteil, bleiben die prozessualen und die materiellen Wirkungen endgültig bestehen.

Weismann [25] bemerkt jedoch, daß die Aufrechnung auch schlechthin gewollt sein könne und ihre privatrechtlichen Wirkungen dann sofort und unabänderlich einträten [26].

2. Auch Gaupp-Stein [27] und Wolff [28] sehen in der Prozeßaufrechnung einen Doppeltatbestand, bei dem allein die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen (§§ 387, 390-396 BGB) dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sind. Die prozessual gültige Vornahme genügt also um die Handlung auch zivilrechtlich wirksam zu machen. Doch ist die prozessuale Wirksamkeit nicht Voraussetzung der materiellen Wirksamkeit. Wird die Prozeßhandlung gegenstandslos, etwa weil der Prozeß ohne Sachurteil endet, bleiben die materiellen Folgen des Rechtsgeschäfts erhalten [29].

---

24) Walsmann, S. 131.

25) ZZP 26, 20.

26) Weitere Anhänger dieser Theorie sind: Endemann, § 147, 1b (Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft; die Spaltung dieser einheitlichen Erklärung in eine rechtsgeschäftliche und eine daraus erst abgeleitete selbständige prozessuale sei unbegründet); Fitting, S. 1 ff (innerhalb eines Prozesses abgegebene Rechtsgeschäfte seien Prozeßhandlungen. Die Eigenschaft der Aufrechnungserklärung als Rechtsgeschäft sei aber mit ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlung durchaus verträglich, weil ein und derselbe Akt zugleich Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung sein könne); Levin, GruchBeitr. 61, 831 ff; Schönke-Schröder-Niese, S. 234, IV 2; vgl. auch Kisch, S. 102 f.

27) Anm. VI 2, 3 vor § 128, § 145, VI.

28) S. 24 ff.

29) Gaupp-Stein, VI 3 vor § 128; Wolff, S. 25 f.

2. Kapitel : Allgemeine Hinweise auf die Rechtsnatur der Prozeßaufrechnung

§ 5. Die gesetzlichen Vorschriften

I. Die Bestimmungen des BGB

1. Nach §§ 387 ff BGB erfolgt die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem andern Teil mit der Wirkung, daß die beiden Forderungen rückwirkend als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie sich erstmals aufrechnungsfähig gegenüberstanden (§§ 388, 389 BGB). Die Aufrechnung ist also einseitiges empfangsbedürftiges bürgerlichrechtliches Gestaltungsgeschäft.

2. Die prozessuale Theorie geht nun davon aus, daß die im Prozeß erklärte Aufrechnung ein Rechtsinstitut eigener Art sei und unabhängig neben der bürgerlichrechtlichen Aufrechnung stehe [1]. Die prozessuale Theorie kennt also zwei verschiedene Aufrechnungsarten.

a) Dem ist entgegenzuhalten, daß das BGB nicht zwischen einer vor oder während des Prozesses, innerhalb oder außerhalb der mündlichen Verhandlung erklärten Aufrechnung unterscheidet. Jede Aufrechnung, gleichgültig wo und wann sie erfolgt, ist einseitiges Privatrechtsgeschäft, das nach § 388 zu erklären ist und die in § 389 beschriebene Wirkung hervorruft.

b) Die prozessuale Theorie wird also von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht gedeckt.
Hiergegen kann nicht etwa gesagt werden, daß die Prozeßaufrechnung nach der prozessualen Theorie ja Prozeßhandlung sei und deshalb im BGB überhaupt nicht geregelt sein könne. Die auf Einrede hin durch richterlichen Gestaltungsakt herbeizuführende Forderungsaufhebung wäre nämlich ebenfalls eine Form des materiellen Aufrechnungsvollzuges. Die Möglichkeiten, die der Partei bei der Ausübung ihrer materiellen Rechte zur Verfügung stehen, können aber, selbst wenn sie nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege zu verwirklichen sind, nur im materiellen Recht normiert sein. Auch das Gestaltungsrecht auf Ehescheidung ist zivilrechtlicher Natur und im materiellen Recht

---

1) Nikisch, Festschrift, S. 771

geregelt, obwohl seine Durchsetzung nur im Klagewege durch Gestaltungsurteil erfolgen kann.

c) Die Anhänger der prozessualen Theorie bestreiten dies auch nicht, behaupten aber, daß die im BGB enthaltenen Aufrechnungsvorschriften unvollständig seien [2].

Das ist jedoch nicht der Fall. Nach der prozessualen Theorie erfolgt der Aufrechnungsvollzug durch einseitigen Akt ohne Mitwirkung des anderen Teils. Die im BGB getroffene Regelung des e i n s e i t i g e n Aufrechnungsvollzuges ist aber erkennbar abschließend, wie der besondere Abschnitt des dritten Titels beweist, der allein dieser Art der Aufrechnung vorbehalten ist.

Wenn Nikisch [3] hiergegen einwendet, daß bei dieser Argumentation der Aufrechnungsvertrag übersehen werde, der, obwohl ebenfalls nicht im BGB geregelt, zweifellos statthaft ist [4], so übersieht er, daß der Aufrechnungsvertrag einer gesetzlichen Regelung überhaupt nicht bedurfte, weil sich seine Zulässigkeit ohne weiteres aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) ergibt, sodaß eine besondere gesetzliche Erfassung dieses Vertragstyps nicht erforderlich war.

Eine Gestaltungsklage und ein Gestaltungsurteil sind aber grundsätzlich nur dort zulässig, wo sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen und angeordnet sind [5]. Zwar ist in begründeten Ausnahmefällen eine analoge Anwendung bestehender Vorschriften möglich [6], doch gilt dies nur dort, wo Gesetzeslücken vorhanden sind. Dies ist aber beim einseitigen Aufrechnungsvollzug nicht der Fall.

d) Das nach der prozessualen Theorie erforderliche Gestaltungsurteil findet also im Gesetz keine Grundlage. Das BGB kennt keine von der Aufrechnung nach §§ 387 ff

---

2) Nikisch, Festschrift, S. 781; Eck-Leonhard, S. 360, 3.

3) Festschrift, S. 781.

4) Vgl. Palandt, § 387, 2.

5) Baumbach-Lauterbach, vor § 253, 2c; Baumgärtel, S. 153; Kisch, S. 55 f; Lent-Jauernig, § 34 III; Nikisch, Lehrbuch, § 40, I 3; Rosenberg, Lehrbuch, § 87 II; Rothe, AcP 151, 33 ff; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 253, II 3.

6) Rosenberg, Lehrbuch, § 87 II, RGZ 85, 312.

verschiedene Aufrechnung im Prozeß. Es hat alle bis zum 1. 1. 1900 geltenden sonstigen Arten des einseitigen Aufrechnungsvollzuges erkennbar ausgeschlossen. Die Auffassung, dies treffe nicht zu, weil der Gesetzgeber diesen Ausschluß im Hinblick auf die Bedeutung und Entwicklung des gerichtlichen Aufrechnungsvollzuges im gemeinen Recht unmißverständlich und ausdrücklich hätte erklären müssen [7], ist also unbegründet.

3. Die Bedeutung der §§ 209, 215 BGB wird später im Zusammenhang mit der Eventualaufrechnung erörtert werden.

II. Die Vorschriften der ZPO

Die ZPO kann als Prozeßgesetz eine Regelung materiellrechtlicher Fragen grundsätzlich nicht enthalten. Doch erlauben ihre Bestimmungen, die das Aufrechnungsvorbringen der Partei zum Gegenstand haben, gleichfalls Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der im Prozeß erklärten Aufrechnung.

1. Die ZPO von 1877

Die Verfasser der ZPO standen vor der Aufgabe, das neue Verfahrensrecht so zu gestalten, daß es für alle damals geltenden Arten des materiellen Aufrechnungsvollzuges anwendbar war. Doch ist eine Fassung, die sowohl der Theorie der gerichtlichen Kompensation als der Erklärungs- und der ipso-iure-Theorie gleichmäßig gerecht geworden wäre, offensichtlich nicht gelungen. Die ZPO von 1877 ist vielmehr überall erkennbar von der Urteilstheorie ausgegangen.

a) § 136 Abs. 2 (§ 145 Abs. 3 [8]) gab dem Gericht eine Trennungsbefugnis für den Fall, daß der Beklagte eine "Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht".

Das Verteidigungsmittel war also nicht der rechtsvernichtende Einwand der Forderungstilgung, sondern die Behauptung des Beklagten, es stehe ihm eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung zur Verfügung. Die Gegenforderung war also das Entscheidende, nicht der Aufrechnungsvollzug.

---

7) Eck-Leonhard, S. 360, 3; Nikisch, Festschrift, S. 781.
8) In Klammern die entsprechenden Vorschriften der heutigen Fassung.

Da der Beklagte aber eine Gegenforderung nur vorbringen konnte, wenn diese zum Zeitpunkt ihres Vorbringens noch bestand, war § 136 Abs. 2 mit einer Aufrechnung durch private Willenserklärung unvereinbar, weil in diesem Fall die Gegenforderung spätestens mit dem Aufrechnungsvorbringen erloschen wäre.

b) Gleiches galt für die Vorschrift des § 274 (§ 302), der ein Teilurteil über die Klageforderung zuließ, wenn "vom Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht ist, die mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht".

c) § 293 (§ 322 Abs. 2) bestimmte, daß "die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung der Rechtskraft fähig ist, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll".

Auch hier ist wieder von der Geltendmachung einer Gegenforderung, deren Bestand also noch vorausgesetzt wird und nicht vom Einwand des Aufrechnungsvollzuges die Rede.

Sodann ist eine rechtskräftige Feststellung des Bestehens der Gegenforderung bei einem Aufrechnungsvollzug durch Willenserklärung undenkbar, weil hier die Forderungsaufhebung spätestens mit dem Aufrechnungsvorbringen in der mündlichen Verhandlung eingetreten und deshalb bei durchgreifender Aufrechnung zum Zeitpunkt der Urteilsfällung nur mehr eine Entscheidung über das Bestandenhaben oder das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung möglich gewesen wäre.

Dagegen war § 293 Abs. 2 ZPO bei Annahme eines richterlichen Kompensationsvollzuges sinnvoll, da hier das Gericht im Urteil erst das Bestehen der Gegenforderung feststellen mußte, ehe es die Aufrechnung vollzog und die Klage abwies.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung war ferner rechtskraftfähig bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden s o l l . Der Aufrechnungsvollzug wurde also nicht als gegenwärtiger, mit dem Vorbringen der Gegenforderung abgeschlossener Vorgang, sondern als zukünftiges Ereignis angesehen, was nur mit einer erst im Urteil zu vollzie-

henden Aufrechnung zu erklären ist.

d) Nach § 491 Abs. 2 (§ 529 Abs. 5) konnten neue Ansprüche nur erhoben werden, "wenn mit denselben kompensiert werden s o l l und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außerstande gewesen ist, dieselben in erster Instanz geltend zu machen".

Der Gesetzgeber ist also wiederum nicht von einem sofortigen, mit der Aufrechnungserklärung zusammenfallenden Aufrechnungsvollzug, sondern von einer erst noch bevorstehenden Kompensation ausgegangen.

Da der Partei die Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Regel bereits bei Prozeßbeginn bekannt sind, hätte eine erstmals in der Berufungsinstanz erklärte Aufrechnung zudem wohl ausnahmslos als schuldhaft verspätet zurückgewiesen werden müssen. Bei Unterstellung einer Forderungsaufhebung durch einseitige Willenserklärung hätte das Gericht daher in der Mehrzahl aller Aufrechnungsfälle der Klage trotz erloschener Klageforderung stattgeben müssen.

2. Die Novelle von 1898

Nachdem sich das BGB für den Aufrechnungsvollzug durch einseitige Willenserklärung entschieden hatte, wurde die ZPO durch die Novelle von 1898 dem neuen bürgerlichen Recht angepaßt [9].

Diese Novelle hat alle die gerichtliche Kompensation betreffenden Hinweise restlos beseitigt.

a) §§ 145 Abs. 3, 302 Abs. 1, 322 Abs. 2 und 529 Abs. 3 [10] sprechen von der Geltendmachung der "Aufrechnung einer Gegenforderung". Gegenstand des Verteidigungsvorbringens ist also nicht mehr die Gegenforderung, sondern der Aufrechnungsvollzug.

b) § 302 ZPO ist mit einem gerichtlichen Aufrechnungsvollzug nicht mehr in Einklang zu bringen [11].

aa) § 302 läßt bei Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenforderungen ein der Klage stattgebendes Urteil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung zu. Bezüglich der Aufrechnung, über welche die Entscheidung vorbehalten ist,

---

9) Vgl. Hahn-Mugdan, S. 90, 102, 103, 112, 328.

10) In der Fassung von 1898; nunmehr § 529 Abs. 5.

11) Oertmann, S. 43.

bleibt der Rechtsstreit anhängig (§ 302 Abs. 4 Satz 1). Soweit sich im weiteren Verfahren ergibt, daß der Klageanspruch unbegründet w a r , ist das Vorbehaltsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (§ 302 Abs. 4 Satz 2) .

Da das Nachverfahren nur den Aufrechnungseinwand zum Gegenstand hat und jedes weitere Vorbringen der Klageforderung gegenüber ausgeschlossen ist [12], kann die Unbegründetheit des Klageanspruchs nur auf die bislang unberücksichtigt gebliebene Aufrechnung zurückzuführen sein. Das klageabweisende Urteil im Nachverfahren beruht aber auf der Feststellung, daß der Anspruch des Klägers unbegründet w a r ; die Vernichtung der Klageforderung muß also bereits vor Erlaß dieses Urteils eingetreten sein. Weil die Aufrechnung andererseits nicht Gegenstand des Vorverfahrens war, kann sie auch nicht im Vorbehaltsurteil vollzogen worden sein. Eine Aufrechnung durch Richterspruch scheidet somit aus. Die Forderungsaufhebung, die schon im Vorverfahren den Untergang der Klageforderung herbeigeführt haben muß, kann nur durch die einseitige Aufrechnungserklärung bewirkt worden sein.

bb) Damit ist auch die von Lippmann [13] vertretene Auffassung, die §§ 145 Abs. 3, 302 ZPO sprächen für die Richtigkeit der prozessualen Theorie, widerlegt.

Lippmann ist der Meinung, die materiellrechtliche Wirkungslosigkeit der Prozeßaufrechnung ergebe sich aus §§ 145, 302 ZPO, weil der Beklagte nach diesen Vorschriften sein materielles Aufrechnungsrecht noch verlieren könne; denn wenn der Gläubiger aus dem Vorbehaltsurteil die Zwangsvollstreckung betreibe ehe das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren auf Grund der Aufrechnung aufgehoben werde, so werde der Schuldner zur Zahlung gezwungen, obwohl er dies durch Abgabe seiner Aufrechnungserklärung gerade habe vermeiden wollen. Andererseits werde der Gläubiger durch die Zwangsvollstreckung wegen seiner Forderung befriedigt, diese erlösche und für eine Aufrechnung sei auch späterhin kein Raum mehr.

---

12) Baumbach-Lauterbach, § 302, 4 A; Lent-Jauernig, § 45 V; Nikisch, Lehrbuch, § 71 III 2; Rosenberg, Lehrbuch, § 55 IV 2b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 302 II 2.

13) JherJb. 32, 257 und 43, 528.

Ein derartiger Eingriff des Prozeßrechts in einen rechtsgeschäftlichen Vorgang sei aber unmöglich. Die Prozeßaufrechnung könne daher kein Rechtsgeschäft, sondern nur Prozeßhandlung sein.

Lippmann übersieht jedoch, daß nach der zivilistischen Theorie die Forderungsaufhebung infolge der Aufrechnungserklärung bereits im Vorverfahren, also schon vor der Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil, eingetreten ist. Die Durchführung der Zwangsvollstreckung ist daher für die Beantwortung der Frage, ob der Aufrechnungserklärung materielle Wirkungen zukommen, bedeutungslos. Der Gläubiger vollstreckt in diesem Fall aus einem unrichtigen Urteil und ist deshalb dem Schuldner auch schadensersatzpflichtig, wenn sein Vollstreckungstitel im Nachverfahren aufgehoben wird (§ 302 Abs. 4 ZPO). Einen Verlust des Aufrechnungsrechts hat dieser Vorgang also nicht zur Folge.

Aber selbst wenn man mit der prozessualen Theorie jede materiellrechtliche Wirkung der Aufrechnungserklärung leugnen wollte, würde die Sonderbehandlung des Aufrechnungsvorbringens nach §§ 145, 302 ZPO keinen Wegfall des materiellen Aufrechnungsrechts herbeiführen [14]. Denn das Urteil nach § 302 ZPO ist ein durch die Aufhebung im Nachverfahren auflösend bedingtes Endurteil [15]. Da die Zwangsvollstreckung aber nicht weiter gehen kann als das Urteil aus dem sie betrieben wird, kann auch die Befriedigungswirkung der Zwangsvollstreckung nur auflösend bedingt sein. Sie entfällt also mit der Aufhebung des Vorbehaltsurteils, hat das endgültige Erlöschen der Klageforderung nicht zur Folge und würde einer Aufrechnung nicht entgegenstehen.

Auch das Reichsgericht [16] hat für den Fall der erstmals in der Berufungsinstanz erklärten Aufrechnung trotz inzwischen bereits durchgeführter Vollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil entschieden, daß die Hingabe

---

14) Oertmann, S. 202.

15) RGZ 77, 95; Lent-Jauernig, § 45 V; Oertmann, S. 202; Rosenberg, Lehrbuch, § 55 IV 4; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 302 III 1.

16) RGZ 63, 330 ff.

von Geld an den Gerichtsvollzieher nach § 815 Abs. 3 ZPO nicht als Zahlung aufgefaßt und nicht deren materielle Wirkungen haben kann. Denn aus der unbeschränkten Ersatzpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO ergibt sich, daß dem Beklagten aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit kein Nachteil erwachsen und dem Kläger nicht die Möglichkeit eingeräumt werden soll, dem Beklagten die nachträgliche Geltendmachung einer Einrede zu nehmen. Mit Recht hat das Reichsgericht darauf hingewiesen, daß die Hingabe oder Wegnahme des Geldes nur die vorläufige Regelung eines Streitverhältnisses zugunsten des Gläubigers, aber unter voller Wahrung der Rechte des Schuldners, ist und daß der Bestand dieser vorläufigen Regelung vom Bestand des Urteils, nicht dagegen vom Bestand der Klageforderung im Zeitpunkt der Vollstreckung abhängt, sodaß die Entscheidung über die rechtliche Wirkung der Hingabe des Geldes bis zur rechtskräftigen Streitentscheidung hinausgeschoben und eine Aufrechnung nicht verhindert wird.

c) § 322 Abs. 2 ZPO kennt nur mehr eine rechtskraftfähige Entscheidung über das Nichtbestehen, bezw. über das Nichtmehrbestehen [17] der Gegenforderung, weil man davon ausging, daß die Gegenforderung bereits mit der Aufrechnungserklärung getilgt werde, sodaß für eine Feststellung ihres Bestehens im Urteil kein Anlaß mehr gegeben sei [18].

d) § 529 Abs. 3 in der Fassung der Novelle von 1898 lautete: "Macht der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend, so ist die hierauf gegründete Einwendung zurückzuweisen, wenn nicht der Kläger in die Geltendmachung einwilligt oder der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außerstande gewesen sei, die Aufrechnung in erster Instanz geltend zu machen. Im Fall der Zurückweisung finden die Vorschriften der §§ 540, 541 Anwendung".

---

17) RGZ 161, 172; Baumbach-Lauterbach, § 322, 3.

18) Hahn-Mugdan, S. 103: "Wird die Gegenforderung als zur Zeit der Aufrechnungserklärung bestehend anerkannt und auf Grund der erfolgten Aufrechnung die Klage abgewiesen, so ist die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung ebensowenig der Rechtskraft fähig wie die Entscheidung darüber, daß die Forderung des Klägers aus einem anderen Grund getilgt sei".

§§ 540, 541 bestimmten aber, daß dem Beklagten die Geltendmachung des zurückgewiesenen Aufrechnungseinwandes vorzubehalten war. Es erging also ein der Klage stattgebendes Vorbehaltsurteil, welches in dem sich anschließenden Nachverfahren wieder aufgehoben wurde, falls die zur Aufrechnung gestellte, aber im Urteil nicht beachtete Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bestanden haben sollte.

Ein die Aufrechnung nicht berücksichtigendes Vorbehaltsurteil wurde also durch das Nachverfahren korrigiert und Urteile, die mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang standen, wurden vermieden.

3. Dieser Zivilprozeßnovelle wird die prozessuale Theorie nicht mehr gerecht. Die prozessuale Theorie würde geradewegs zum Zustand des gemeinen Rechts zurückführen; die Novelle von 1898 wäre sinn- und wertlos gewesen [19].

4. Wie das BGB trennt auch die ZPO nicht zwischen außer- und innerprozessualer Aufrechnung. In allen Bestimmungen, in denen sie eine besondere Behandlung des Aufrechnungsvorbringens vorsieht (§§ 145 Abs. 3, 302 Abs. 1, 529 Abs. 5), spricht sie übereinstimmend von "der Geltendmachung der Aufrechnung einer Gegenforderung", worunter nach allgemeiner Meinung [20] nicht nur die erst in der mündlichen Verhandlung erklärte Aufrechnung, sondern auch die Berufung auf eine bereits erfolgte Aufrechnung fällt.

Nur Rehbein [21] vertritt die Auffassung, daß diese Bestimmungen allein auf die Aufrechnung im Prozeß bezogen seien. Dies ist aber unrichtig; denn diese Vorschriften wollen einer Prozeßverschleppung durch den Beklagten

---

19) Oertmann, S. 41.

20) Baumbach-Lauterbach, § 145, 4 A; § 302, 2a; § 529, 5A; Lent-Jauernig, S. 81; Nikisch, Festschrift, S. 765; Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 2b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 4; § 302 II 1; § 529 V 1.

21) Anm. 24 zu §§ 387 ff; für § 491 Abs. 2 ZPO a. F. auch Kohler, ZZP 20, 40 und 24, 27 (weil der Beklagte bei einer außerprozessualen Aufrechnung seine Gegenforderung endgültig verlieren, die Aufrechnung aber gleichwohl im Urteil nicht berücksichtigt werden würde).

entgegentreten, dem es nicht gestattet sein soll, den Prozeßablauf durch die Aufrechnung mit nicht konnexen oder mit verspätet vorgetragenen Forderungen beliebig zu verzögern. Diese Gefahr besteht aber bei der Berufung auf eine schon außerhalb des Prozesses vollzogene Aufrechnung ebenso wie bei der Aufrechnung im Prozeß.

5. §§ 387 ff BGB und die Regelung der ZPO sprechen also gegen die prozessuale und für die zivilistische Theorie.

Desgleichen stehen diese Bestimmungen aber im Gegensatz zu allen Mischtheorien, weil diese in der Prozeßaufrechnung zwar kein Rechtsinstitut eigener Art, immerhin aber eine Erklärung sehen, deren Rechtsnatur und Wirkungen sich zumindest teilweise von der außerprozessualen Aufrechnungserklärung unterscheiden.

§ 6. Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft

I. Die Bedeutung des Handlungszwecks

Die prozessuale Theorie begründet die Rechtsnatur der Prozeßaufrechnung als reine Prozeßhandlung damit, daß der Schuldner, der erst im Prozeß aufrechnet, den Gläubiger nicht befriedigen und hierdurch seine Gegenforderung ein für allemal verlieren wolle; er wolle sich vielmehr eine Position verschaffen, auf Grund derer ihm seine Forderung für den Fall, daß es einer Aufrechnung zur Klageabweisung gar nicht bedürfe, erhalten bleibe. Eine Tilgungswirkung solle die Aufrechnung nur entfalten, wenn auf andere Weise das Obsiegen des Klägers nicht mehr zu verhindern sei [1]. Deshalb solle der Aufrechnung vor dem Erlaß eines auf ihr beruhenden Sachurteils noch keinerlei materielle Wirkung zukommen, da die Aufrechnung nur die Abwehr der Klageforderung bezwecke und daher wie jedes andere Verteidigungsmittel nur dazu bestimmt sei, dem Gericht den zur Klageabweisung erforderlichen Prozeßstoff zu unterbreiten [2].

Die prozessuale Theorie erblickt also im Zweck der Aufrechnungserklärung das entscheidende Merkmal für die Beurteilung ihrer Rechtsnatur.

---

1) Nikisch, Festschrift, S. 772.

2) Nikisch, Festschrift, S. 771 f.

Mit derselben Begründung gelangen auch die Vertreter aller Mischtheorien zu dem Ergebnis, daß die Prozeßaufrechnung Prozeßhandlung sein müsse [3].

Neben dem Prozeßzweck wird schließlich auch noch die Vornahme im Prozeß als Merkmal für das Vorliegen einer Prozeßhandlung angesehen [4].

1. Dagegen ist zu sagen, daß ein materielles Rechtgeschäft allein dadurch, daß es im Prozeß und zum Zwecke der Verteidigung gegen den Klageanspruch vorgenommen wird, zweifellos nicht zur Prozeßhandlung wird. Selbst die Vertreter der prozessualen Theorie und der Mischtheorien müssen in Anbetracht der §§ 387 ff BGB zugeben, daß die Partei auch in der mündlichen Verhandlung nach wie vor die Möglichkeit hat, zivilistisch aufzurechnen [5], obwohl diese Aufrechnung unstreitig gleichfalls nur der Abwehr der Klageforderung dient; denn die Partei handelt auch dann zum Zwecke der Verteidigung, wenn sie durch bürgerlichrechtliche Aufrechnungserklärung die Klageforderung zum Erlöschen bringt um sich auf diese neu geschaffene Rechtslage berufen zu können.

2. Der Zweck der Vornahme macht die Aufrechnung also nicht zur Prozeßhandlung. Das beste Beispiel, das in diesem Zusammenhang gegen die prozessuale Theorie und gegen die Mischtheorien vorgebracht wird, ist der Fall der im Prozeß erfolgten Zahlung, die ausschließlich vom subjektiven Zweck der Vornahme her gesehen, ebenfalls Prozeßhandlung sein müßte [6].

3. Die Gegner der zivilistischen Theorie versuchen dieses Argument zu entkräften, indem sie darauf hinweisen, daß die Zahlung deshalb keine Prozeßhandlung sei, weil sie im Gegensatz zur Aufrechnung nicht Verteidigung, sondern Befriedigung des Klägers sei [7]. Es ist aber nicht einzusehen, wieso die

---

3) Wach, S. 11, 13 ("Der Prozeßzweck bestimmt die Prozeßhandlung".); Weismann, S. 18.

4) Fitting, S. 9, 13; Kohler, ZZP 29, 1 ff; Schneider, S. 275; auf die Verbindung von Zweck und Vornahme stellt Bunsen, ZZP 26, 294, ab.

5) Vgl. S. 14, Anm. 6; S. 18, Anm. 8; S. 19, Anm. 13; S. 22, Anm.25.

6) Petzold, GruchBeitr. 44, 851.

7) Wach, ZZP 27, 13.

Befriedigung des Gläubigers, welche vorgenommen wird um eine drohende Verurteilung abzuwenden, kein Verteidigungsmittel des Beklagten sein sollte, falls dieser statt des Erfüllungssurrogats die Erfüllung wählt.

4. Die prozessuale Theorie und die Mischtheorien müßten bei konsequenter Durchführung neben allen einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, wie Anfechtung, Wandlung, Kündigung usw., die Möglichkeit einer Anfechtung, Wandlung und Kündigung im Prozeß anerkennen. Denn auch die Partei, die in der mündlichen Verhandlung anficht oder kündigt, handelt zu Verteidigungszwecken, will der geforderten Verurteilung entgehen und trägt dem Gericht die Tatsachen vor, auf Grund derer es eine ihr günstige Entscheidung erlassen soll [8].

a) Was sollte hier geschehen, wenn die Partei im Prozeß anficht und ein Prozeßurteil erginge oder die Klage schon aus anderen Gründen abgewiesen würde ? Die Anfechtung, die im Zeitpunkt ihrer Erklärung als Prozeßhandlung noch keine materiellen Folgen hervorgerufen hätte oder deren ursprünglich eingetretene zivilrechtlichen Wirkungen nachträglich wieder entfallen würden, bliebe wirkungslos. Um die Anfechtungswirkung herbeizuführen, müßte die Partei nun also ein zweitesmal und zwar jetzt außerprozessual anfechten. Sollten inzwischen jedoch die Anfechtungsfristen (§§ 121, 124 BGB) verstrichen sein, wäre die Anfechtung unzulässig, sodaß die Partei, insbesondere bei länger dauernden Prozessen, genötigt wäre, sicherheitshalber doch sofort außerprozessual anzufechten.

b) Im Falle einer erst im Prozeß erklärten Kündigung würden die prozessuale Theorie und die Mischtheorien schließlich zu einem von der rechtsgeschäftlichen Kündigung völlig abweichenden Ergebnis gelangen. Die privatrechtliche Kündigung wäre nämlich wirksam mit ihrer Erklärung, die Kündigung im Prozeß als Prozeßhandlung erst mit rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens. Da die Kündigung, im Gegensatz zur Aufrechnung und Anfechtung, nicht zurückwirkt, wäre das Vertragsverhältnis im einen Fall sofort, im anderen Fall erst

---

8) Dies ist aber nach Wach, S. 13, maßgebend für die Rechtsnatur eines Aktes als Prozeßhandlung.

in unbestimmter Zukunft aufgelöst.

c) Bei Teilklagen kommt Kohler [9] sogar zu dem Ergebnis, daß hier Kündigung und Anfechtung im Prozeß überhaupt nicht wirksam erklärt werden könnten, weil sie sich nur auf den eingeklagten Anspruch bezögen, eine teilweise Anfechtung oder Kündigung aber unzulässig sei.

5. Der subjektive Zweck der Vornahme kann also im Gegensatz zum objektiven typischen Gesetzeszweck der Handlung, nicht als Kriterium für das Vorliegen einer Prozeßhandlung herangezogen werden [10].

6. Ebensowenig kann die Vornahme im Prozeß als Kennzeichen einer Prozeßhandlung dienen [11]; denn dies würde dazu führen, daß im Prozeß überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgegeben werden könnten [12]. Ein derartiger Eingriff des Prozeßrechts in das materielle Recht ist jedoch ausgeschlossen. Prozeßrecht und Privatrecht stehen grundsätzlich unabhängig nebeneinander, wie sich besonders aus § 265 Abs. 2 ZPO ergibt [13]. Eine Wechselwirkung bestent nur dort, wo dies ausdrücklich angeordnet

---

9) ZZP 29, 32 f.

10) Baumgärtel, S. 24, 70; Bülow, S. 86 f; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 124; Hellwig, Prozeßhandlung, S. 50 f; Nußbaum, S. 73; Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 1, 2b; Stellvertretung, S. 59 ff (62 f); Walsmann, AcP 102, 15 f, 22; Gegen die Verwendung des Handlungszweckes überhaupt haben sich Klein Franz, Die schuldhafte Parteihandlung, Wien, 1885, S. 1, Kleinfeller, S. 162 und Sauer Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart, 1929, S. 167 ff, ausgesprochen, weil der Zweck außerhalb der Handlung liege und auch eine dem gesetzmäßigen Prozeßzweck zuwiderlaufende Handlung Prozeßhandlung sei.

11) Kleinfeller, S. 162; Nußbaum, S. 73; Rosenberg, Stellvertretung, S. 60.

12) So die auf S. 14, Anm. 6, S. 18, Anm. 8 Genannten, die die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Aufrechnung im Prozeß verneinen.

13) Baumgärtel, S. 43; Grabner, ZZP 48, 540; Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 1, 2b.

worden ist, etwa in den Fällen der §§ 209, 215 und 291 f BGB.

Daß der Gesetzgeber nicht nur die in der mündlichen Verhandlung vollzogenen Akte als Prozeßhandlung bezeichnet, geht ferner aus § 78 ZPO hervor.

II. Die Bedeutung der Handlungsfunktion

Andererseits kann die Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung auch nicht an Hand der allgemeinen Definition des Prozeßhandlungsbegriffes durchgeführt werden, wonach Prozeßhandlungen alle prozeßgestaltenden Betätigungen einer Partei sind, welche in Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt werden [14], weil für den Fall der Prozeßaufrechnung eben gerade bestritten ist, ob die Voraussetzungen und Wirkungen vom materiellen Recht oder vom Prozeßrecht bestimmt werden.

1. Es muß daher nach den typischen Wirkungen der Parteihandlung gefragt werden [15]. Da die maßgebliche Bedeutung einer Prozeßhandlung in der Verfahrensgestaltung liegt [16], ist die Prozeßaufrechnung dann Prozeßhandlung, wenn sie der Begründung, Fortführung oder Beendigung des Verfahrens dient.

2. Welchen Funktionen die einzelne Parteihandlung dient, ist hierbei wiederum nicht nach dem subjektiven Parteizweck, sondern nach dem objektiven Gesetzeszweck zu beurteilen [17].

Die typische Funktion und Wirkung der im Prozeß abgegebenen Aufrechnungserklärung liegt aber nicht in der Prozeßgestaltung und in der Schaffung der Urteilsgrundlage,

---

14) Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128, 5 A und D; Baumgärtel, S. 44, 291; Lent-Jauernig, S. 79; Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 1, 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128, IV 1; Seuffert-Walsmann, vor § 128, 3; RGZ 77, 329.

15) Baumgärtel, S. 44, 89; Blomeyer, Zivilprozeß, § 30 I 4; Hellwig, Prozeßhandlung, S. 50; System, 1. Teil, S. 423, I; Lent-Jauernig, S. 79 ff.

16) Baumgärtel, S. 80 f; Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 1; Sauer, Prozeßrechtslehre, § 9 II; Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen, 1952, S. 96, Nr. 181, 182; RGZ 160, 242.

17) Baumgärtel, S. 92 .

sondern in der Gestaltung der materiellen Rechtslage. Die Aufrechnung kann daher nicht Prozeßhandlung, sondern nur Rechtsgeschäft sein.

Prozessuale Bedeutung hat allein die zusammen mit der Gestaltungserklärung erfolgende Berufung auf die soeben eingetretene Forderungsaufhebung. Nur die Geltendmachung der Aufrechnung dient dem Prozeßbetrieb und ist auf die Schaffung der Urteilsgrundlage gerichtet; das materielle Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung hat dagegen keinerlei prozessuale Bedeutung.

3. Diesem funktionellen Prozeßhandlungsbegriff wird die prozessuale Theorie, welche in der materiellen Wirkungslosigkeit gerade das entscheidende Merkmal der Prozeßaufrechnung sieht und den Gestaltungsvollzug deshalb dem richterlichen Urteil vorbehält, nicht gerecht.

4. Aber auch die gemischten Theorien, die in der Prozeßaufrechnung eine reine Prozeßhandlung erblicken, stehen hierzu in klarem Widerspruch. Denn weil ihre Anhänger, in Übereinstimmung mit den Vertretern der zivilistischen Theorie, ein die Aufrechnung vollziehendes Gestaltungsurteil ebenfalls als mit dem Gesetz nicht in Einklang stehend ablehnen [18], andererseits aber in der Prozeßaufrechnung dennoch eine Prozeßhandlung sehen, legen sie der wirksam vorgenommenen Prozeßhandlung die Wirkungen der bürgerlichrechtlichen Aufrechnungserklärung bei und zwar entweder endgültig und unwiderruflich oder auflösend bedingt durch die Nichtberücksichtigung des Aufrechnungsvorbringens im Urteil oder aufschiebend bedingt durch den Erlaß eines Aufrechnungsurteils [19].

a) Nun ist es zwar nicht ausgeschlossen, daß sich an die Vornahme einer Prozeßhandlung privatrechtliche Wirkungen anschließen. So bestimmt § 209 Abs. 1 BGB, daß die Klageerhebung, die unstreitig Prozeßhandlung ist [20], die Ver-

---

18) Crome, S. 303; Oertmann, S. 41 f; Seuffert-Walsmann, vor § 128, 3c.

19) So die Theorien der selbständigen, der unselbständigen und der aufschiebend bedingten Privatrechtswirkungen.

20) Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128, 5 H; Baumgärtel, S. 89; Lent-Jauernig, S. 79; Nikisch, Lehrbuch, § 54, I 2; Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 2.

jährung des eingeklagten Anspruchs unterbricht.

Fehlt es jedoch an einer solchen ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, so kann eine Prozeßhandlung keine bürgerlichrechtlichen Wirkungen und somit auch keine Gestaltung der materiellen Rechtslage herbeiführen [21], es sei denn, sie wäre zugleich Rechtsgeschäft. Dies wird von den Anhängern jener Theorien aber gerade verneint.

b) Die Wirkungen, welche diese Theorien der Aufrechnungserklärung zusprechen, sind deshalb mit der Annahme einer Prozeßhandlung unvereinbar. Die materiellen Wirkungen, welche sich nach diesen Auffassungen an die gültige Aufrechnungserklärung anschließen, werden nämlich zweifellos vom bürgerlichen Recht geregelt, was von den Vertretern jener Meinungen auch zugegeben wird [22]. Diese privatrechtlichen Wirkungen sind aber bei der Aufrechnung das Ausschlaggebende und Charakteristische [23]. Es handelt sich nicht um bloße Nebenwirkungen, die bei der Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur einer Handlung außer Betracht bleiben müssen [24]. Ohne die bürgerlichrechtliche Gestaltungswirkung ist die Aufrechnung innerhalb oder außerhalb der mündlichen Verhandlung undenkbar. Ohne weiteres denkbar ist die Aufrechnung dagegen ohne Prozeß und ohne Verwendung zur Erreichung eines klageabweisenden Sachurteils.

c) Das entscheidende Merkmal der Prozeßaufrechnung ist also auch nach diesen Mischtheorien die Forderungsaufhebung und nicht die Geltendmachung der Aufrechnung zum Zwecke der Verteidigung. Liegt die maßgebliche Bedeutung einer Handlung aber in der Herbeiführung bürgerlichrechtlicher Wirkungen, so kann sie nicht Prozeßhandlung sein.

5. Gegen die Theorie der unselbständigen Privatrechtswirkung spricht ferner, daß, wenn sie schon an die gültige Vornahme einer Prozeßhandlung prozessuale und materielle Wirkungen knüpft, die materiellen Wirkungen nicht einfach deshalb wieder entfallen können, weil die prozessualen Wirkungen, nämlich

---

21) Grabner, S. 534; Nikisch, Festschrift, S. 779; Walsmann, S. 125.
22) Crome, S. 303; Hellwig, System, 1. Teil, S. 432, 4a; Langneineken, S. 128 f; Oertmann, S. 45, 87 f; Walsmann, S. 128.
23) Vgl. Lent-Jauernig, S. 79 ff.
24) Baumgärtel, S. 89; Hellwig, Prozeßhandlung, S. 50; System, Teil 1, S. 423, I.

die Berücksichtigung der Aufrechnung im Urteil, ausbleiben [25].

Ein derartiges Ergebnis könnte vielmehr nur für den Widerruf und für die Klagerücknahme anerkannt werden.

Der Widerruf einer Prozeßhandlung macht diese gegenstandslos und ebenso muß bei der Klagerücknahme, welche bewirkt, daß der Prozeß rückwirkend als nicht anhängig geworden anzusehen ist (§ 271 Abs. 3 ZPO), folgerichtig auch die Vornahme aller Prozeßhandlungen als nicht geschehen gelten.

In diesen Fällen würde also die Aufrechnungserklärung als Prozeßhandlung beseitigtwerden und damit auch ihre Gestaltungswirkung.

Die Nichtverwertung der Aufrechnung im Urteil, der Erlaß eines Prozeßurteils und die Zurückweisung bezw. die Nichtzulassung des Aufrechnungsvorbringens nach §§ 279, 529 ZPO bewirken dagegen nicht, daß die Prozeßhandlung als ungeschehen anzusehen wäre [26]. Die Prozeßhandlung als solche wird nicht hinfällig, sie entfaltet nur keine prozessualen Wirkungen, bleibt im Urteil unbeachtet. Warum eine gültig vorgenommene Prozeßhandlung unter diesen Umständen aber ihre schon hervorgebrachte privatrechtliche Wirkung wieder verlieren sollte, ist mit dem Vorliegen einer Prozeßhandlung und mit dem Eintritt einer auflösenden Bedingung, für welche sich im Gesetz kein Anhaltspunkt findet, nicht zu erklären.

6. Die Theorie der aufschiebend bedingten Privatrechtswirkungen ist dagegen nicht in der Lage, zu erklären, warum die bürgerlichrechtliche Wirkung, welche diese Theorie der wirksam vorgenommenen Prozeßhandlung beilegt, nicht sofort, sondern erst im Zeitpunkt des Urteilserlasses eintreten soll. Denn es ist zwar unstreitig, daß Prozeßhandlungen unter einer aufschiebenden Bedingung vollzogen werden können, falls der Eintritt der Wirkung der Prozeßhandlung von einem künftigen ungewissen innerprozessualen Ereignis, wozu auch eine

---

25) Hierauf weist Nikisch, Festschrift, S. 779, hin.

26) Für §§ 279, 529 ZPO: Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 279 III 2; § 529 III 1c; Lent-Jauernig, § 28 III; Nikisch, Lehrbuch, § 73 II; Wieczorek, § 279 C II; vgl. auch BGHZ 33, 236 ff; in den übrigen Fällen ist es ohnehin unzweifelhaft.

Entscheidung des Gerichts gehört, abhängig gemacht wird [27]. Kraft Gesetzes oder stillschweigend steht jedoch keine Prozeßhandlung von vorneherein unter der Bedingung, daß ihre Wirkungen nicht sofort, sondern erst dann eintreten, wenn dies nach dem Ablauf des Verfahrens unbedingt erforderlich ist.

7. Die Theorie der selbständigen Privatrechtswirkungen knüpft hingegen die privatrechtliche Wirkung endgültig an die Aufrechnungserklärung, auch bei Widerruf und Klagerücknahme. In diesen Fällen gilt aber die Prozeßhandlung im Rechtssinne als nicht erfolgt. Sie entfällt dem Tatbestand nach und damit nicht nur ihre prozessualen, sondern auch ihre materiellen Wirkungen.

8. Die Anhänger der Theorie vom Doppeltatbestand geben wenigstens zu, daß auch die in der mündlichen Verhandlung erklärte Aufrechnung das bürgerlichrechtliche Rechtsgeschäft ist [28]. Sie sehen jedoch im Vollzug der Aufrechnung zugleich eine Prozeßhandlung, weil die Prozeßaufrechnung auch dazu dient, dem Gericht den zur Urteilsfällung und zur Klageabweisung erforderlichen Prozeßstoff zu unterbreiten [29].

a)Die Geltendmachung der Aufrechnung, die zweifelsohne Prozeßhandlung ist und die Aufrechnungserklärung als Rechtsgeschäft bilden also zusammen die Aufrechnung im Prozeß im Sinne eines echten Doppeltatbestandes, sodaß diese Meinung zu dem Ergebnis kommt, daß die Berufung auf Aufrechnung ein Teil der Aufrechnung ist.

b) Diese Konstruktion ist aber schon rein gedanklich unmöglich. Die Aufrechnung und ihre Geltendmachung können zwar sicherlich in einem Akt zusammenfallen, doch muß die Aufrechnungserklärung der Berufung auf die vollzogene Aufrechnung zumindest eine logische Sekunde vorausgegangen sein, weil sich die Partei sonst eben nicht auf die Aufrechnung berufen könnte. Die Berufung auf Aufrechnung kann also kein Bestandteil der Aufrechnung selbst sein.

---

27) RGZ 53, 83; 144, 73; Baumgärtel, S. 120 ff; Baumbach-Lauterbach, vor § 128, 5 D; Rosenberg, Lehrbuch, § 61 IV 1, 2.
28) Walsmann, AcP 102, 128 f.
29) Walsmann, S. 127.

Die Aufrechnung muß vielmehr unabhängig von ihr bereits vorher oder gleichzeitig vollzogen worden sein.

c) Diese Theorie verkennt also den Unterschied zwischen materieller Wirksamkeit und prozessualer Beachtlichkeit der Aufrechnung [30]. Selbstverständlich muß die Aufrechnung von der Partei geltend gemacht werden, damit sie im Urteil berücksichtigt werden kann. Dieses Vorbringen der den Aufrechnungseinwand stützenden Tatsachen hat aber auf den Bestand des bürgerlichrechtlichen Gestaltungsgeschäfts und auf die gegenseitige Forderungsaufhebung keinerlei Einfluß.

Die Forderungsaufhebung tritt auch dann ein, wenn sich die Partei im Rechtsstreit nicht darauf beruft; nur kann die Aufrechnung in diesem Fall nicht Grundlage eines klageabweisenden Urteils sein. Ein Wirksamkeitserfordernis der Aufrechnungserklärung ist die Anführung des Aufrechnungseinwandes in der mündlichen Verhandlung aber nicht. Die Prozeßhandlung und das Rechtsgeschäft sind in ihrem Bestand und in ihren Wirkungen voneinander unabhängig.

d) Durch den rein äußerlichen Umstand, daß ein Rechtsgeschäft zugleich mit einer Prozeßhandlung vorgenommen wird, erlangt die Prozeßaufrechnung also keine Doppelnatur. Ein Doppeltatbestand ist nur bei rechtlicher Einheit anzuerkennen, d. h., wenn die prozessualen und die materiellen Folgen eines Vorganges begrifflich gemeinsam eintreten müssen [31]. Bei der Prozeßaufrechnung ist der gemeinsame Eintritt prozessualer und materieller Wirkungen zwar im Einzelfalle möglich, weil die Partei auch im Prozeß rechtsgeschäftlich handeln kann, aber nicht begrifflich erforderlich. Eine bloß tatsächliche Einheit des Eintritts prozessualer und materieller Wirkungen vermag aber die Entstehung eines Doppeltatbestandes nicht zu begründen.

e) Obwohl diese Auffassung der Aufrechnungserklärung Doppelnatur zuspricht, sollen lediglich die zivilrechtlichen Wirkungen und die das Bestehen des materiellen Aufrechnungsrechtes betreffenden Voraussetzungen vom bürgerlichen Recht bestimmt werden, während sich die Form, die prozessualen

---

30) Lent-Jauernig, S. 81.

31) Baumgärtel, S. 91, 158.

Wirkungen und die sonstigen Voraussetzungen der Erklärung ausschließlich nach Prozeßrecht richten sollen.

Wenn die Aufrechnung aber Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft zugleich wäre, so müßte der bürgerlichrechtliche Teil hinsichtlich der Form, Voraussetzungen und Wirkungen dem BGB, die Prozeßhandlung in jeder Beziehung aber den Vorschriften des Prozeßrechts entsprechen.

Ein Beispiel hierfür ist der Prozeßvergleich, dem nach herrschender Meinung ebenfalls Doppelnatur zukommt [32]. Er ist einmal materiellrechtlicher Vergleichsvertrag und untersteht als solcher den Vorschriften des BGB, insbesondere dem § 779. Zum andern ist er Prozeßhandlung, weil er den Rechtsstreit beendet und richtet sich insoweit nach den Bestimmungen der ZPO.

Der Umstand, daß die Aufrechnungserklärung nach der Theorie vom Doppeltatbestand auch eine Prozeßhandlung ist, würde also nicht bewirken, daß Form, Bestand und zeitliche Beschränkungen der Erklärung nunmehr allein vom Prozeßrecht geregelt werden, sondern für die private Willenserklärung würden nach wie vor die Vorschriften des BGB gelten. Dies möchten die Anhänger jener Theorie aber gerade vermeiden, weil sie der Auffassung sind, daß die Anwendung zivilrechtlicher Normen auf die Prozeßaufrechnung zu unerwünschten und nicht sachgerechten Ergebnissen führe.

f) Aus dem bloßen Vorhandensein eines Doppeltatbestandes könnte ferner nicht geschlossen werden, daß bei Unwirksamkeit des einen Teils auch der andere Teil hinfällig wird. Auch hier kann wiederum auf den Prozeßvergleich verwiesen werden, bei welchem Rechtsprechung und Rechtslehre die Ansicht vertreten, daß bei Unwirksamkeit der Prozeßhandlung der materiellrechtliche Teil in der Regel

---

32) RG in JW 37,2228; BGHZ 16, 390 und 28, 172; BAG 4, 85; BVerwG in DÖV 62, 466; Lent-Jauernig, § 48 II; Nikisch, Lehrbuch, § 70 I 1; Palandt, § 779, 9; Schönke-Schröder-Niese, § 53 II; Seuffert-Walsmann, S. 231, 3b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128, VI 2; Zöller, § 794, 1a; a. M. : Rosenberg, Lehrbuch, § 128 III (nur Rechtsgeschäft) und Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307, 2 A, sowie Baumgärtel, S. 203, (nur Prozeßhandlung).

bestehen bleibt [33].

Bei der Prozeßaufrechnung hätte demnach die Unwirksamkeit der Prozeßhandlung gleichfalls nicht ohne weiteres auch die Unwirksamkeit des Privatrechtsgeschäfts zur Folge; denn der Eintritt der Forderungstilgung und ihre Berücksichtigung in einem klageabweisenden Urteil stehen nicht in einem derart untrennbaren Zusammenhang, daß die zivilrechtliche Folge ohne die prozessuale Wirksamkeit des Aktes undenkbar wäre.

Wenn Walsmann [34] hiergegen einwendet, das BGB knüpfe den Eintritt der privatrechtlichen Aufrechnungswirkung nur an eine endgültige und unwiderrufliche Aufrechnungserklärung, die Prozeßaufrechnung erlange diese Eigenschaften aber, soweit sie Prozeßhandlung sei, erst mit dem Erlaß eines auf der Aufrechnung beruhenden Sachurteils, so ist dazu zu sagen, daß beim Vorliegen eines Doppeltatbestandes die Aufrechnungserklärung als Rechtsgeschäft von vorneherein bedingungsfeindlich [35], endgültig und unwiderruflich wäre, weil für sie § 388 Satz 2 des BGB gelten würde. Nicht bedingungsfeindlich und frei widerruflich wäre die Aufrechnungserklärung nur als Prozeßhandlung. Vor Erlaß eines Aufrechnungsurteils könnten also zwar die prozessualen Wirkungen durch Beseitigung oder Nichtbeachtung der Prozeßhandlung, niemals aber die zivilrechtlichen Wirkungen der Aufrechnung in Frage gestellt sein.

9. Gegenüber der prozessualen Theorie und den Mischtheorien betont die zivilistische Theorie also zu Recht die scharfe Zerlegung der Aufrechnungserklärung in das bürgerliche Rechtsgeschäft, das die Forderungsaufhebung herbeiführt und in die davon unabhängige Berufung auf den hierdurch geschaffenen Rechtszustand.

a) Gegen die zivilistische Theorie wird vorgebracht,

---

33) BAG in MDR 60, 440; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128, VI 3b. Hiermit deckt sich insoweit auch die von Gaupp-Stein und Wolff vertretene Meinung zur Theorie vom Doppeltatbestand, vgl. S. 22.

34) AcP 102, 130 f.

35) Mit Ausnahme der Eventualaufrechnung.

daß es gekünstelt sei, die Aufrechnungserklärung der Partei in ein materielles Rechtsgeschäft und in eine Prozeßhandlung aufzuspalten [36]. Es ist aber durchaus keine Seltenheit, daß in einem einheitlichen Vorgang mehrere selbständige Erklärungen enthalten sind, etwa das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft, die Vollmacht und der Auftrag.

Im Gegensatz dazu ist zwar bei der Aufrechnung im Prozeß nach der zivilistischen Theorie der Empfänger der verschiedenen Erklärungen nicht derselbe, weil sich die Aufrechnungserklärung an den in § 388 BGB vorgeschriebenen Adressaten, also meist an die Gegenpartei, die Prozeßhandlung dagegen an das Gericht wendet. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum dies unmöglich sein sollte.

Auch beim Abschluß eines Prozeßvergleichs wendet sich die Partei soweit der Vergleich Vertrag ist, an die Gegenpartei, soweit er Prozeßhandlung ist, an das Gericht. Der Umstand, daß der Prozeßvergleich Doppelnatur hat, die Aufrechnung aber nicht, vermag einen Unterschied nicht zu begründen.

Prozessuale und privatrechtliche Erklärungen schließen sich nicht aus. Daß die Trennung des Aufrechnungsvorbringens in ein Rechtsgeschäft und in eine Prozeßhandlung selbst nach Meinung der Gegner der zivilistischen Theorie nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich endlich auch daraus, daß diese Schriftsteller die Möglichkeit einer in der mündlichen Verhandlung abgegebenen privatrechtlichen Aufrechnungserklärung fast einhellig anerkennen. Ist die Rechtsnatur dieser Aufrechnungserklärung als reines Rechtsgeschäft aber unbestritten, so muß dieser Aufrechnungsvorgang zwangsläufig neben der materiellen Gestaltungserklärung die von dieser rechtlich unabhängige Berufung auf die Aufrechnung enthalten.

b) Nikisch [37] bringt hierzu weiter vor, die zivilistische Theorie verwehre dem Beklagten bei Säumnis des Klägers eine Aufrechnung in der mündlichen Verhandlung, weil die Aufrechnung als Rechtsgeschäft nur der Gegenpartei

---

36) Nikisch, Lehrbuch, § 68 II 3; Seuffert-Walsmann, vor § 128, 3c; Gaupp-Stein, vor § 128, VI 2; § 145, VI 1.

37) Festschrift, S. 769.

gegenüber erklärt werden könne. Dem Beklagten sei es daher in diesem Falle nicht möglich, ein Urteil nach Lage der Akten (§ 331 a ZPO) zu beantragen.

Dies ist richtig, spricht aber keineswegs gegen die zivilistische Theorie; denn gegen den im Termin nicht erschienenen Kläger kann der Beklagte Versäumnisurteil nach § 330 ZPO beantragen, worauf die Klage allein infolge der Säumnis des Klägers abgewiesen wird, während ein nach § 331 a ZPO ergehendes Urteil für den Beklagten den Verlust seiner Gegenforderung bedeuten würde, wenn die Klageabweisung dabei nur auf eine durchgreifende Aufrechnung gestützt werden könnte.

Von einer praktischen Unzuträglichkeit der zivilistischen Theorie [38] kann also nicht die Rede sein.

§ 7. Das Gestaltungsurteil der prozessualen Theorie

Weil die Aufrechnungserklärung als Prozeßhandlung mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung keine materiellrechtliche Wirkung hervorbringen kann, zur Klageabweisung aber die Aufhebung der beiderseitigen Forderungen notwendig ist, ist die prozessuale Theorie, weil sie im Gegensatz zu allen gemischten Theorien konsequent durchgeführt ist, zur Annahme eines richterlichen Gestaltungsvollzuges im Urteil gezwungen.

I. Voraussetzungen des Gestaltungsurteils

1. Auf die Bedenken, die sich daraus ergeben, daß weder das BGB noch die ZPO dem Richter ein Gestaltungsrecht zum Vollzuge der Aufrechnung übertragen haben, ungeschriebene Gestaltungsbefugnisse der Partei oder des Gerichts aber nicht anerkannt werden können, ist bereits auf Seite 24 hingewiesen worden.

2. Für ein Gestaltungsurteil besteht nur dort ein Bedürfnis, wo die Partei nicht selbst in der Lage ist, die Änderung der Rechtslage durch einseitige Willenserklärung herbeizuführen. Ein richterlicher Gestaltungsvollzug neben der rechtsgeschäftlichen Forderungstilgung nach dem BGB wäre also überflüssig und auch mit den besonderen Interessen des Beklagten während des Rechtsstreits nicht zu rechtfertigen; denn der Beklagte, der im Hinblick auf die Bestimmung der §§ 279, 529, 767 ZPO dem Gericht

38) Nikisch, Festschrift, S. 769

das Bestehen seines Aufrechnungsrechts sofort unterbreiten, andererseits aber seine Gegenforderung erst dann durch die Aufrechnung opfern will, wenn auf andere Weise ein obsiegendes Urteil nicht zu erreichen ist, wird durch die Möglichkeit der Eventualaufrechnung hinlänglich geschützt.

Aus denselben Gründen ist es auch nicht erforderlich, im Aufrechnungsvorbringen eine Bevollmächtigung des Gerichts zur Abgabe der Aufrechnungserklärung namens des Beklagten zu sehen [1], zumal eine derartige Auslegung weder dem wirklichen noch dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entspricht.

II. Inhalt des Gestaltungsurteils

Merkmal der Gestaltungsurteile ist es, daß die Gestaltung der Rechtslage im Tenor ausgesprochen wird. Beim Aufrechnungsurteil fehlt aber jeder Hinweis auf den Aufrechnungsvollzug. Es lautet wie alle klageabweisenden deklaratorischen Urteile: "Die Klage wird abgewiesen".

Demgegenüber erklärt Nikisch [2], daß der Urteilstenor die Vornahme der Gestaltung nicht auszusprechen brauche, wenn diese sich zweifelsfrei aus den Gründen ergebe.

1. Für diese Auffassung scheinen die Bestimmungen der §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 und 343 Abs. 1 BGB zu sprechen [3].

Das Urteil, welches gemäß § 343 Abs. 1 BGB die Vertragsstrafe herabsetzt, ist nach heute einhelliger Meinung Gestaltungsurteil [4]. Dabei kann die zur Durchführung der Gestaltung erforderliche Antragstellung durch Klageerhebung oder durch Einrede erfolgen [5]. Wird die eingeklagte Vertragsstrafe auf die Einrede hin herabgesetzt, so ist das Urteil auch Gestaltungsurteil, obwohl es im Tenor lediglich die Zahlungsverpflichtung des Schuldners, nicht aber die Gestaltung der Rechtslage ausspricht.

---

1) So Thon, JherJb. 60, 399 ff; vgl. auch Eck-Leonhard, S. 360, Anm. 3.

2) Festschrift, S. 782.

3) Vgl. auch §§ 655, 660 Abs. 1, 2048, 2156 und 2192 BGB.

4) BGB-RGRK, § 343, 9; Enneccerus-Lehmann, § 37 V; Erman, § 343, 3; Palandt, § 343, 1; Rosenberg, Lehrbuch, § 87 II 2b; v. Staudinger, § 343 III 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 253, II 3b; Wiesczorek, § 253 C I b 3.

5) RG DJZ 1903, 429; BGB-RGRK, § 343, 7; Enneccerus-Lehmann, § 37, V; Erman, § 343, 3; Palandt, § 343, 1; v. Staudinger, § 343 I 4.

Ein solches Urteil ist aber nur deshalb möglich, weil der Gesetzgeber in § 343 Abs. 1 den Antrag auf Gestaltung auch im Wege der Einrede zugelassen hat - die Formulierung "auf Antrag durch Urteil" schließt nämlich eine einredeweise Geltendmachung des Gestaltungsbegehrens durch die Partei nicht aus - und weil derart gestellte Parteianträge nicht ausdrücklich im Tenor verbeschieden werden.

Diese Regelung muß jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als Ausnahme angesehen werden, sodaß beim Aufrechnungsvollzug, wo jeder Hinweis auf ein richterliches Gestaltungsrecht überhaupt fehlt, ein verdecktes Gestaltungsurteil nicht ergehen kann.

2. Auch in §§ 315 Abs. 3 und 319 Abs. 1 BGB ist neben dem Regelfall der Gestaltung auf Gestaltungsklage hin eine einredeweise Geltendmachung des Gestaltungsbegehrens nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht ausgeschlossen worden [6].

Ferner kann sofort auf Zahlung eines Betrages, den der Kläger für billig erachtet, geklagt werden [7], weil der Gesetzeswortlaut, wonach die Leistungsbestimmung "durch Urteil" getroffen wird, diese Möglichkeit gleichfalls mitumfaßt.

Alle diese im Leistungsurteil unausgesprochenen mitenthaltenen Gestaltungsurteile sind also, im Gegensatz zum Aufrechnungsurteil der prozessualen Theorie, im Gesetz vorgesehen worden, sodaß das entscheidende Vergleichsmerkmal gerade nicht vorhanden ist.

III. Der Eintritt der Gestaltungswirkung

Die Gestaltung der Rechtslage tritt erst mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils ein [8]. Vor diesem Zeitpunkt wäre daher die gegenseitige Forderungsaufhebung noch nicht erfolgt. Der Richter würde deshalb im Urteil die Klage auf Grund einer von ihm vollzogenen Aufrechnung abweisen, obwohl zur Zeit des Urteilserlasses der Aufrechnungsvollzug und damit der Untergang

---

6) BGB-RGRK, § 315, 4.

7) BGB-RGRK, § 315, 4; Erman, § 315, 8; Palandt, § 315, 4; v. Staudinger, § 315 IV 2.

8) Baumbach-Lauterbach, § 704, 2c; Lent-Jauernig, § 34 III D; Rosenberg, Lehrbuch, § 87 I 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor

der Klageforderung noch gar nicht eingetreten wäre. Die prozessuale Theorie ist deswegen zur Annahme einer zunächst nur auflösend bedingten Rechtsänderung gezwungen [9], wofür sich aber im Gesetz kein Anhaltspunkt findet.

IV. Die Vollstreckung wegen der Kosten

Als Gestaltungsurteil könnte das Aufrechnungsurteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, sodaß der obsiegende Beklagte, der prozessual aufgerechnet hat, vor Rechtskraft nicht die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten betreiben könnte [10], was ihm ohne weiteres möglich wäre, wenn er zivilistisch aufgerechnet hätte.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits nur dann zu tragen, wenn er unterlegen ist. Vor Rechtskraft des Aufrechnungsurteils wäre jedoch die Forderungsaufhebung und damit der entscheidende Umstand für das Obsiegen des Beklagten noch nicht eingetreten. Es erschiene deshalb nicht gerechtfertigt, dem Beklagten bereits vor Eintritt der Rechtskraft wegen der Kosten die vorläufige Vollstreckung aus dem Urteil zu ermöglichen. Von den gleichen Überlegungen ist der Gesetzgeber offenbar im Falle der Urteile nach § 704 Abs. 2 ZPO ausgegangen; denn lediglich aus der Besonderheit des Verfahrens in Ehe- und Kindschaftssachen läßt sich dieses Vollstreckungsverbot nicht begründen.

V. Der Umfang der Rechtskraft

Das dem Aufrechnungsbegehren stattgebende rechtskräftige Urteil würde wie jedes Gestaltungsurteil nicht nur zwischen den Parteien, sondern für und gegen alle wirken [11] und sich

---

§ 253 II 3d; Wieczorek, § 253 C I b 1, 2.

9) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 253, II 3d.

10) Bestritten; gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt: KG in JW 24, 1179 und OLGE 27, 390; Baumbach-Lauterbach, § 704, 2c (widersprüchlich); BGB-RGRK, § 465 I 6 (zum Wandlungsurteil); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 704 II, vor § 704, III 1; Wolff, S. 35 (für das Urteil nach § 315 BGB); a. M.: Furtner G., Die vorläufige Vollstreckbarkeit, München-Berlin, 1953, S. 67; Schönke-Baur, § 13 II 2, womit aber Ziffer 1b in Widerspruch steht; ferner offenbar auch Rosenberg, Lehrbuch, § 174 I 2c und Wieszczorek, § 704 J II a 2.

11) Baumbach-Lauterbach, § 325, 5 A; Lent-Jauernig, § 65 I 4;

damit erheblich von Urteilen unterscheiden, welche die Klage infolge sonstiger Tilgungsgründe abweisen. Es ist aber kein Grund ersichtlich, der diese Verschiedenartigkeit gegenüber einem auf Erfüllung, Erlaß, vor- oder außerprozessualer Aufrechnung beruhenden klageabweisenden Urteil rechtfertigen könnte, weil weder das öffentliche Interesse noch der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ein Urteil mit Wirkung inter omnes erfordern.

§ 8. Zusammenfassung

1. Die bislang vorgenommene Untersuchung der Aufrechnungstheorien spricht eindeutig für die Richtigkeit der zivilistischen Theorie.

a) Die zivilistische Theorie geht mit Recht davon aus, daß ein materielles Rechtsgeschäft allein dadurch, daß es in einem Prozeß zum Zwecke der Verteidigung vollzogen wird, nicht zur Prozeßhandlung werden kann. Sie unterscheidet daher nicht zwischen einer innerhalb oder außerhalb der mündlichen Verhandlung erklärten Aufrechnung, sondern sieht auch in der Prozeßaufrechnung das Privatrechtsgeschäft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie ist damit die einzige Theorie, die eine gesetzliche Grundlage besitzt und mit den einschlägigen Vorschriften des BGB und der ZPO übereinstimmt, welche ebenfalls keine Trennung zwischen außer- oder innerprozessualer Aufrechnung durchführen.

b) Ist die Prozeßaufrechnung Rechtsgeschäft, so tritt die gegenseitige Forderungstilgung mit der Abgabe der Willenserklärung ein, sodaß die zivilistische Theorie nicht auf die Konstruktion eines richterlichen Aufrechnungsvollzuges angewiesen ist, der im Widerspruch zum geltenden Recht steht. Es erübrigt sich aber auch die Annahme einer Prozeßhandlung, der trotz Fehlens jeglicher gesetzlicher Bestimmungen die für ein Privatrechtsgeschäft typischen zivilrechtlichen Wirkungen zukommen sollen.

c) Die zivilistische Theorie trennt scharf zwischen der innerhalb oder außerhalb des Prozesses erklärten Aufrechnung einer-

---

Nikisch, Lehrbuch, § 40 IV 1; Rosenberg, Lehrbuch, § 87 I 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 325 VI 3; a.M. nur Goldschmidt, AcP 117, 20 ff und teilweise Wieczorek, § 253 C I b.

seits, die immer Rechtsgeschäft ist und der Berufung auf die erfolgte Aufrechnung, welche notwendig ist, damit die vollzogene Forderungsaufhebung im Urteil Berücksichtigung finden kann und die stets und nur Prozeßhandlung ist.

Bei der außerprozessualen Aufrechnung sind Aufrechnungserklärung und das Aufrechnungsvorbringen im Prozeß offenkundig unterscheidbar. Bei der Aufrechnung in der mündlichen Verhandlung fallen das Rechtsgeschäft und die Prozeßhandlung rein äußerlich und zeitlich in einem Akt zusammen; die Partei rechnet auf und führt damit zugleich den Aufrechnungseinwand als Prozeßstoff in den Prozeß ein. Die Geltendmachung der Aufrechnung ist jedoch kein Teil der Aufrechnung, wie die Theorie vom Doppeltatbestand glaubt, sondern setzt gerade die völlig unabhängig von der Berufung auf Aufrechnung erfolgte Forderungstilgung als geschehen voraus.

2. Die zivilistische Theorie ist demnach die einzige Meinung, mit welcher die Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß ohne Schwierigkeiten rechtlicher Art erklärt werden kann. In einem weiteren Abschnitt ist deshalb zu prüfen, ob diese Theorie auch zu befriedigenden und sachgerechten Ergebnissen führt; denn falls sich die Anwendung materiellrechtlicher Vorschriften als unpassend erweisen und eine prozessuale Regelung dem objektiven Gesetzeszweck der Prozeßaufrechnung besser entsprechen sollte, wäre dies mit dem Vorliegen eines Rechtsgeschäfts praktisch unvereinbar [1].

3. Kapitel : Sonderprobleme der Prozeßaufrechnung

1. Abschnitt : Die Eventualaufrechnung

§ 9. Allgemeines

1. Die Aufrechnung hat den Untergang von Forderung und Gegenforderung zur Folge (§ 389 BGB). Diesem Umstand hat die ZPO in § 322 Abs. 2 Rechnung getragen. Danach ist, wenn der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht hat, die Entscheidung, daß die Gegenforderung auf Grund durchgreifender Aufrechnung nicht mehr besteht [1], bis zur Höhe des aufgerechneten

---

1) Baumgärtel, S. 100.

1) RGZ 161, 172; Baumbach-Lauterbach, § 322, 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 322 VI 1.

Betrages der Rechtskraft fähig. Durch ein die Klage abweisendes Aufrechnungsurteil wird dem Beklagten also seine Gegenforderung rechtskräftig aberkannt.

Es ist daher verständlich, daß der Beklagte dieses Vermögensopfer nur dann erbringen will, wenn auf andere Weise das Obsiegen des Klägers nicht verhindert werden kann.

Der Beklagte, dem neben seiner aufrechnungsfähigen Gegenforderung noch weitere Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen, erklärt die Aufrechnung deshalb in der Regel nur "eventuell" oder "hilfsweise". Was unter dieser Einschränkung zu verstehen ist, ist vom Gericht im Wege der Auslegung zu ermitteln.

2. Die Eventualaufrechnung ähnelt einer bedingten Aufrechnung. Eine bedingte Aufrechnung erklärt das BGB in § 388 Satz 2 aber für unwirksam. Die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ist heute jedoch unbestritten. Im Zweifel ist sogar jede Prozeßaufrechnung als Eventualaufrechnung zu betrachten [2]. Die Richtigkeit der zivilistischen Theorie wäre also in einem entscheidenden Punkt in Frage gestellt, falls die Eventualaufrechnung unter einer Bedingung stehen und deshalb mit § 388 Satz 2 BGB unvereinbar sein sollte.

§ 10. Der Inhalt der Eventualaufrechnung

Beruft sich der auf Zahlung verklagte Schuldner im Prozeß hilfsweise auf Aufrechnung, so ist zunächst zu unterscheiden, ob er die Klageforderung bestreitet oder nicht.

Dabei soll im folgenden unter Bestreiten der Klageforderung der Fall des einfachen und qualifizierten Bestreitens sowie das Vorbringen rechtshindernder und rechtsvernichtender Einwendungen verstanden werden.

I. Aufrechnung gegen eine bestrittene Forderung

Der Beklagte, der die Aufrechnung nur eventuell erklärt, wird die Klageforderung in der Regel bestreiten.

1. In diesem Fall liegt die Auslegung nahe, daß er die Aufrechnung unter der Bedingung erklärt, daß die Klageforderung besteht.

---

2) Baumbach-Lauterbach, § 145, 4 D; Blomeyer, Zivilprozeß; § 60 II; Oertmann, S. 271 f; Palandt, § 388, 3; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 I 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2c.

a) Diese Bedingung ist keine echte, sondern eine bloße Rechtsbedingung, weil sie den Eintritt der Forderungstilgung nicht von einem künftigen und ungewissen Ereignis, sondern lediglich vom Bestand von Forderung und Gegenforderung abhängig macht, also von einem Erfordernis, welches bereits kraft Gesetzes (§ 387 BGB) Wirksamkeitsvoraussetzung der Aufrechnung ist [1].

b) Diese Rechtsbedingung ist auf die Gegenwart abgestellt, sodaß sie zugleich Gegenwartsbedingung ist [2]. Die Existenz der Klageforderung ist nämlich ungewiß; doch ist diese Ungewißheit nicht objektiv, sondern nur subjektiv, weil sie von der Aufklärung eines bereits jetzt bestehenden, den Parteien nur noch nicht bekannten Zustandes abhängt. Auch Gegenwartsbedingungen sind deshalb keine echten Bedingungen im Sinne des § 158 BGB [3].

2. Die Erklärung des Beklagten kann jedoch auch dahin zu verstehen sein, daß er unter der Bedingung aufrechnet, daß das Gericht die Klageforderung für bestehend erachtet. Hierbei handelt es sich um eine echte Bedingung; denn ob das Gericht vom Bestand der Klageforderung überzeugt sein wird, ist ein künftiges und auch objektiv ungewisses Ereignis.

II. Aufrechnung gegen eine unbestrittene Forderung

Der Beklagte kann ferner eventuell aufrechnen, ohne die Klageforderung zu bestreiten.

Dies ist dann der Fall, wenn er sich neben der Aufrechnung in erster Linie mit rechtshemmenden Einreden, also mit Einreden im Sinne des BGB (= Leistungsverweigerungsrechte) verteidigt, etwa dem Klageanspruch gegenüber in erster Linie Verjährung oder Stundung geltend macht.

1. Wird der Eintritt der Aufrechnungswirkung an die Unbegründetheit der Einrede geknüpft, also an eine im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung objektiv schon feststehende Tatsache, so liegt wiederum eine Gegenwartsbedingung vor.

2. Der Beklagte kann aber auch hier unter der echten Bedingung aufrechnen, daß das Gericht die Einrede als nicht

---

1) Vgl. Palandt, vor § 158, 2; OGHZ 3, 250 ff.

2) Weigelin, S. 134 f.

3) RGZ 146, 239; OHGZ 3, 250 ff; Palandt, vor § 158, 2.

begründet ansieht.

III. Bedingte Prozeßhandlungen

Für die Anhänger der prozessualen Theorie und für die Vertreter der Mischtheorien, welche in der Prozeßaufrechnung eine reine Prozeßhandlung erblicken, bereitet die Eventualaufrechnung keinerlei Schwierigkeiten.

1. Zwar kann eine Prozeßhandlung grundsätzlich nicht unter einer Bedingung vollzogen werden [4]; doch ist die Beifügung von Bedingungen nach heute allgemeiner Meinung dann zulässig, wenn dadurch keine Unsicherheit oder Unklarheit in das Verfahren hineingetragen und kein mit dem Wesen des Prozesses unvereinbarer Schwebezustand geschaffen wird.

2. Dies ist einmal dann der Fall, wenn die Partei die Prozeßhandlung unter einer bloßen Rechtsbedingung vornimmt [5]; denn das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einer Parteihandlung wäre auch bei deren vorbehaltlosem Vollzug zu ermitteln.

3. Ein Zustand der Ungewißheit entsteht ferner nicht, wenn die Wirksamkeit einer Prozeßhandlung von einem innerprozessualen Ereignis, d.h., von einer bestimmten Gestaltung der Prozeßlage, insbesondere von einer Entscheidung des Gerichts abhängig gemacht wird [6], weil solche innerprozessuale Vorgänge vom Gericht ohne weiteres festgestellt werden können oder sogar müssen.

So können Einreden für den Fall erhoben werden, daß sonstige Verteidigungsmittel der Partei erfolglos sind oder sich als erfolglos erweisen werden. Eine Prozeßhandlung kann also sowohl unter einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit abgestellten als auch unter einer echten Bedingung im Sinne des § 158 BGB stehen.

Erforderlich ist nur, daß das vergangene, gegenwärtige oder zukünftige und ungewisse Ereignis innerprozessual ist und daß die Partei neben diesem Vorbringen eine unbedingte Prozeßhandlung vornimmt, welche bei Ausfall der Bedingung

---

4) Baumbach-Lauterbach, vor § 128, 5 D; Rosenberg, Lehrbuch, § 61 IV.
5) Baumgärtel, S. 120.
6) RGZ 53, 83; 144, 72 f; 157, 378 f; Baumgärtel, S. 121 ff; Rosenberg, Lehrbuch, § 61 IV 1, 2.

eindeutige Grundlage für eine gerichtliche Entscheidung sein kann [7]. Diese Voraussetzungen sind aber bei der Eventualaufrechnung durchweg gegeben.

4. Notwendig ist ferner, daß bedingtes und unbedingtes Vorbringen nicht gleichwertig sind [8].

Beantragt der Beklagte also Klageabweisung, weil er die klagebegründenden Tatsachen bestreitet und beruft er sich hilfsweise auf Erlaß, so kann das Gericht, wenn es die Voraussetzungen eines Erlaßvertrages als vorliegend ansieht, die Klage trotz des Eventualverhältnisses wegen Erlasses abweisen, ohne im übrigen über das Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung Beweis erheben zu müssen. Die Urteilswirkungen sind nämlich in beiden Fällen bei Klageabweisung die gleichen, sodaß der Rechtsstreit entscheidungsreif ist (§ 300 Abs. 1 ZPO).

Dagegen ist der Umfang der Rechtskraft eines die Klage abweisenden Aufrechnungsurteils wegen § 322 Abs. 2 ZPO stets von dem eines die Klage aus sonstigen Gründen abweisenden Urteils verschieden. Das Gericht, das von der Existenz der Gegenforderung überzeugt ist, kann also das Bestehen der Klageforderung nicht dahingestellt sein lassen, sondern muß über den Bestand der Klageforderung Beweis erheben und daraufhin die Klage entweder wegen nichterwiesener Klageforderung oder aber wegen durchgreifender Aufrechnung abweisen [9].

Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagte erklärt, in erster Linie aufrechnen zu wollen, weil auch in diesem Fall die Klageforderung streitig bleibt [10].

IV. Das Verbot der bedingten Aufrechnung

Während sonach die Eventualaufrechnung nach allen rein prozessualen Theorien ohne Rücksicht auf die Art der beigefügten

---

7) Baumbach-Lauterbach, vor § 128, 5 D; Baumgärtel, S. 121 ff, 135 ff; Rosenberg, Lehrbuch, § 61 IV 1, 2.

8) Oertmann, S. 271; Pagenstecher, RhZ 1921/22, 80 f, 105; Rosenberg, Lehrbuch, § 61 IV 4; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 300 II 3.

9) So die heute ganz h. M.: Baumbach-Lauterbach, § 322, 3; Erman, § 388, 4; Lent-Jauernig, § 45 IV 3; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 II 7; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 300 II 3; RGZ 80, 166; 142, 175 (Beweisernebungstheorie); a.M. vor allem Stölzel, ZZP 24, 50 ff; AcP 95, 1 ff (Klageabweisungstheorie).

10) RGZ 167, 257.

Bedingung zulässig ist, stellt sich für die Anhänger der zivilistischen Theorie die Frage, inwieweit eine bedingte Aufrechnung mit § 388 Satz 2 BGB vereinbar ist. Vor dem gleichen Problem stehen auch die Vertreter der Theorie vom Doppeltatbestand, weil diese Meinung bei konsequenter Durchführung die Prozeßaufrechnung, soweit sie rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, ebenfalls nach privatrechtlichen Vorschriften beurteilen müßte.

§ 11. Die Aufrechnung unter einer Rechtsbedingung

I. Zulässigkeit

1. Soweit der Beklagte die Aufrechnung unter der gesetzlichen Bedingung des Bestehens der Klageforderung erklärt, ist ihre Wirksamkeit kaum bestritten. Derartige Bedingungen, die bei allen Rechtsgeschäften, auch bei Gestaltungsgeschäften, zulässig sind, werden vom Verbot des § 388 Satz 2 BGB nicht betroffen, weil sie nur eine Wiederholung des Gesetzeswortlautes darstellen und somit einen bei der Aufrechnung unerwünschten Schwebezustand nicht herbeiführen können [1].

Nach der innerhalb der zivilistischen Theorie herrschenden Auffassung rechnet der Beklagte, der sich hilfsweise auf Aufrechnung beruft, daher stets unter der Bedingung auf, daß die Klageforderung besteht [2].

---

1) A.M. nur Thon, JherJb. 60, 373, 382; vgl. auch Leonhard, Schuldrecht, S. 621.

2) Baumbach-Lauterbach, § 145, 4 D; Blomeyer, Schuldrecht, S. 275, 2; Dernburg-Engelmann, S. 348; Eccius, GruchBeitr. 42, 34 ff, 253 f; Endemann, § 147, 1c; Erman, § 388, 4; Esser, § 73, 4; Fischer-Henle-Titze, § 388, 7; Förster-Kann, § 300, 3; Freudentnal-Sauerländer, § 300, 3; Goldmann-Lilienthal, S. 428, 3; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 470; Hellmann, KrVJSch 41, 246 f; Matthiaß, S. 393; Otto, S. 729; Petersen, SeuffBl. 64, 258; Palandt, § 388, 3; Planck, § 388, 3; BGB-RGRK, vor § 387, 10; Reincke, § 145, V B 2c; Rudorff-Schaefer, S. 67; Schollmeyer, BGB, § 388, 2c; Siber, Compensation, S. 118; Simeon, S. 316; Soergel-Siebert, § 388, 3; Stölzel, JherJb. 60, 484; Windscheid-Kipp, S. 479, c; RGZ 57, 101; 79, 26; RG JW 14, 76; daß es sich um eine Auslegungsfrage handelt, betonen Kreß, S. 560; Lang, S. 44; Leonhard, Aufrechnung, S. 152; Pagenstecher, S. 78 ff, 102 ff; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2c;

2. Diese Bedingung ist allerdings zugleich Gegenwartsbedingung, weil der Bestand der Klageforderung nicht nur vom Gesetz, sondern auch rechtsgeschäftlich vom Schuldner gefordert wird [3].

a) Als solche ist sie zwar keine Bedingung im Sinne des § 158 BGB; doch wird gelegentlich die Meinung vertreten, daß bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften grundsätzlich nicht nur echte, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit auch Gegenwarts- und Vergangenheitsbedingungen unzulässig seien [4].

b) Diese Bedenken treffen aber zumindest bei der Eventualaufrechnung nicht zu. Die Rechtsbedingung des Bestehens der Klageforderung wird nämlich dadurch, daß die Aufrechnungserklärung auch von der Partei unter dieser gesetzlichen Voraussetzung der Aufrechnung abgegeben wird, nicht zur rein rechtsgeschäftlichen Bedingung erhoben und verliert ihre Eigenschaft als gesetzliche Bedingung nicht [5]; denn ein gesetzliches Erfordernis kann dadurch, daß auch die Partei es zur Wirksamkeitsvoraussetzung ihrer Erklärung macht, nicht hinfällig oder gar unzulässig werden. Bleibt die Bedingung aber Rechtsbedingung, so kann ihre Wirksamkeit nicht deshalb bezweifelt werden, weil sie daneben zugleich Gegenwartsbedingung ist.

II. Das Vorbringen der bedingten Aufrechnung

1. Die Geltendmachung der auf diese Weise erklärten Aufrechnung kann unbedingt sein [6].

Die gesamte Erklärung bedeutet dann: "Ich rechne auf unter der Bedingung, daß die Klageforderung besteht (Rechtsgeschäft); ich behaupte, auf diese Weise aufgerechnet zu haben (Prozeßhandlung)".

2. Die Geltendmachung der Aufrechnung kann aber gleichfalls unter einer Bedingung stehen und zwar unter der echten

---

Weigelin, S. 134 f, 137 f.

3) Martinius, ArchBürgR 24, 277 ff; Planck-Siber, § 388, 3b; Schönke-Schröder-Niese, S. 234, IV 2b; Weigelin, S. 134 f; RG Recht 20, 608; SA 87, 107; RGZ 97, 273.

4) Enneccerus-Lehmann, S. 279; Martinius, S. 297; Palandt, vor § 158, 6; Thon, JherJb. 60, 373, 382.

5) A.M. : Martinius, S. 284 ff, 296 ff; Oertmann, S. 269.

6) Endemann, § 147, 1c, Anm. 13

Bedingung, daß das Gericht die Klageforderung für begründet erachtet [7].

Die Erklärung bedeutet hier: "Ich rechne auf unter der Bedingung, daß die Klageforderung besteht (Rechtsgeschäft); ich behaupte, auf diese Weise aufgerechnet zu haben, doch soll diese Behauptung nur dann berücksichtigt werden, wenn das Gericht die Klageforderung für bestehend erachtet und der Klage im übrigen stattgeben müßte (Prozeßhandlung)".

a) Auch eine derartige Auslegung ist denkbar und zulässig, weil Prozeßhandlungen unter echten Bedingungen vollzogen werden können (Vgl. § 10, III).

b) Dagegen kann nicht etwa eingewendet werden, es sei unmöglich, eine unbedingte (= lediglich unter einer gesetzlichen Bedingung stehende) Aufrechnungserklärung nur bedingt geltend zu machen, weil nicht mehr erklärt als geltend gemacht werde, sodaß die echte Bedingung notwendig auch der rechtsgeschäftlichen Erklärung anhafte [8]; denn die Partei behauptet, unter der Bedingung des Bestehens der Klageforderung aufgerechnet zu haben, trägt also vor, was sie rechtsgeschäftlich erklärt hat. Nur steht die Geltendmachung der Aufrechnung unter einer zusätzlichen und echten Bedingung. Das Vorbringen, unbedingt aufgerechnet zu haben, wird also lediglich zurückgestellt. Die Befugnis der Partei zu dieser Einschränkung ergibt sich daraus, daß der Aufrechnungseinwand und ihre sonstigen Verteidigungsmittel nicht gleichwertig sind.

c) Die nur bedingt geltend gemachte Aufrechnungserklärung soll den Beklagten davor schützen, daß das Gericht bei liquider Gegenforderung die Klage ohne weitere Nachprüfung der Klageforderung und des übrigen Vorbringens des Beklagten auf Grund der Aufrechnung abweist [9].

Daß das Gericht aber in dieser Weise niemals vorgehen könnte, ist bereits in § 10, III 4 erläutert worden.

d) Vielmehr kann das Gericht aus den dort genannten Gründen

---

7) So Blomeyer, Zivilprozeß, § 60 II 3; Lent-Jauernig, § 45 II; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 I 3; Soergel-Siebert, § 388, 3; RGZ 79, 26; vgl. auch Pagenstecher, S. 78 ff, 103 ff.

8) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2c.

9) Pagenstecher, S. 80 ff, 103 ff.

auch im Fall einer unbedingt geltend gemachten Aufrechnungserklärung die Klage bei erwiesener Gegenforderung nicht sofort wegen durchgreifender Aufrechnung abweisen. Denn die rechtsgeschäftliche Aufrechnungserklärung steht unter der Bedingung des Bestehens der Klageforderung. Solange das Gericht aber das gesamte übrige Vorbringen des Beklagten nicht überprüft hat, ist ihm der Bestand der Klageforderung unbekannt. Da an das Bestehen der Klageforderung aber sowohl die Zulässigkeit der Aufrechnung überhaupt als auch der Eintritt der Forderungstilgung geknüpft ist, kann das Gericht die Aufrechnungserklärung auch bei deren unbedingter Geltendmachung keiner sofortigen klageabweisenden Entscheidung zugrundelegen. Die Zurückstellung des Aufrechnungsvorbringens ergibt sich hier also aus der dem Gestaltungsgeschäft beigefügten Rechtsbedingung, sodaß es belanglos ist, ob der Beklagte die erklärte Aufrechnung bedingt oder unbedingt geltend macht.

III. Eventualaufrechnung ohne Bedingung

Weil sich das Gericht, ehe es die Klage auf Grund der Aufrechnung abweist, demnach immer vom Bestehen der Klageforderung überzeugen muß, ist vereinzelt sogar die Auffassung vertreten worden, daß die Eventualaufrechnung überhaupt keine bedingte Aufrechnung sei [10]. Der Beklagte könne nämlich ohne weiteres unbedingt aufrechnen. Bestehe die Klageforderung nicht, bleibe ihm seine Gegenforderung erhalten; bestehe sie, so habe die Aufrechnung zwar den Verlust seiner Gegenforderung zur Folge, dies entspreche aber auch dem Willen des Beklagten.

Die Aufrechnungserklärung habe also die Bedeutung: "Ich rechne auf (Rechtsgeschäft); ich behaupte, auf diese Weise aufgerechnet zu haben, doch soll das Gericht diese Behauptung nur dann berücksichtigen, wenn es die Klageforderung als bestehend ansieht und alle sonstigen Verteidigungsmittel als unbegründet erachtet (Prozeßhandlung)".

Die Bedeutung der Eventualaufrechnung liege deshalb lediglich darin, daß der Beklagte sich gegen das in jeder unbedingten Aufrechnung liegende Anerkenntnis der Klageforderung

---

10) Busse, S. 121 ff; Grabner, S. 547 ff; Hollaender, ZZP 48, 375 ff; vgl. auch Rehbein, §§ 387 ff, 25.

verwahren wolle [11].

1. Diese Auslegung ist aber nur scheinbar von der Ansicht verschieden, daß die Eventualaufrechnung unter der gesetzlichen Bedingung des Bestehens der Klageforderung erklärt werde.

Die Vertreter dieser Meinung lassen nämlich außer acht, daß der Beklagte in beiden Fällen die Klageforderung bestreitet. Unter diesen Umständen ist aber zwischen einer unbedingten Aufrechnung und einer unter der Bedingung des Bestehens der Klageforderung erklärten Aufrechnung kein Unterschied vorhanden, weil das Bestehen von Klage- und Gegenforderung Voraussetzung jeder - auch der unbedingten - Aufrechnung ist und vom Gericht selbst dann nachgeprüft werden müßte, wenn der Beklagte diese bereits kraft Gesetzes geforderte Bedingung nicht ausdrücklich in seine Erklärung aufgenommen hätte.

Unbedingte Aufrechnung und Aufrechnung unter einer blossen gesetzlichen Bedingung decken sich also, sodaß der Inhalt der Eventualaufrechnung beide Male der gleiche ist.

2. Die Bedeutung der Eventualaufrechnung liegt also stets darin, den Beklagten vor dem Verlust seiner Gegenforderung zu schützen und nicht darin, ihn vor den Wirkungen eines prozessualen Anerkenntnisses zu bewahren.

In einer unter gleichzeitigem Bestreiten der Klageforderung erklärten unbedingten Aufrechnung könnte zudem niemals ein Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruchs gefunden werden. Denn abgesehen davon, daß der Beklagte die Hauptforderung bestreitet, könnte ein Anerkenntnis unter Vorbehalt der Aufrechnung nicht Grundlage einer Verurteilung des Beklagten sein, weil dieser sich dem Klageanspruch als einem zu Recht bestehenden Anspruch gerade nicht unterworfen hätte [12].

Auch das Reichsgericht [13] hat entschieden, daß in der

---

11) Bunsen, Lehrbuch, S. 212; Busse, S. 123 ff; Pagenstecher, S. 102; Weigelin, S. 135 ff.

12) Baumbach-Lauterbach, § 307, 2a; Leonhard, ArchBürgR 21, 205 ff; Rosenberg, Lehrbuch, § 131 I 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 307 I 1; Wieczorek, § 306 B II b 3; Zöller, § 307, 1; BGHZ 10, 335; BGH ZZP 71, 96.

13) RGZ 42, 322; 167, 258.

unter Bestreiten der Klageforderung unbedingt und in erster Linie erklärten Aufrechnung mit einer liquiden Gegenforderung zwar unter Umständen ein Geständnis der klagebegründenden Tatsachen, nicht aber ein Anerkenntnis im Sinne des § 307 ZPO liegen könne [14].

§ 12. Die Aufrechnung unter einer Gegenwartsbedingung

I. Bedeutung

1. Die Annahme, daß die Eventualaufrechnung unter der Bedingung des Bestehens der Klageforderung erklärt werde, entspricht dem Willen des Schuldners dann nicht mehr, wenn dieser aufrechnet, ohne die Klageforderung zu bestreiten, wenn er sich also neben dem Aufrechnungseinwand mit Einreden im Sinne des BGB verteidigt.

Die Einredefreiheit der Hauptforderung ist nämlich keine gesetzliche Aufrechnungsbedingung, weil auch gegen verjährte oder noch nicht fällige, aber bereits erfüllbare Forderungen aufgerechnet werden kann (§§ 387, 222 Abs. 1, 271 Abs. 2 BGB) [1].

Nach der innerhalb der zivilistischen Theorie herrschenden Meinung steht die Gestaltungserklärung hier deshalb unter der Gegenwartsbedingung, daß die Einrede nicht begründet ist [2].

Die Geltendmachung dieser Erklärung kann wieder unbedingt erfolgen oder unter der echten Bedingung stehen, daß das Gericht den Klageanspruch im übrigen als begründet ansieht.

2. Zuweilen wird allerdings auch die Ansicht vertreten, daß die Einredefreiheit der Klageforderung von der gesetzlichen Bedingung des Bestehens der Klageforderung mitumfaßt

---

14) Ebenso Rosenberg, Lehrbuch, § 131 I 2, der jedoch bemerkt, daß dann in der Regel eine dem Anerkenntnis ähnliche Erklärung vorliege, auf die § 307 ZPO entsprechend anzuwenden sei und daß das Gericht die anerkannte Rechtsfolge dem Urteil, welches allerdings kein Anerkenntnisurteil sei, zugrunde legen müsse.

1) Palandt, § 387, 7.

2) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 470; Palandt, § 388, 3; Planck, § 390, 4b; Planck-Siber, § 388, 3b; Siber, Compensation, S. 120; v. Staudinger, § 388 II 1; daß es sich um eine Auslegungsfrage handelt, betonen Kreß, S. 560; Lang, S. 44 ff; Weigelin, S. 139.

werde [3], weil der Beklagte auf Grund der in erster Linie geltend gemachten Einrede ein Leistungsverweigerungsrecht habe und infolgedessen die Klageforderung nicht mehr schulde.

Dies ist jedoch unrichtig; denn geschuldet im Sinne des § 387 BGB wird eine Leistung, wenn ein Anspruch besteht, auch wenn dieser undurchsetzbar ist. Daß sich Schuld und Durchsetzbarkeit nicht decken, ergibt sich auch aus § 387 BGB selbst, wonach neben dem gegenseitigen Schulden zusätzlich verlangt wird, daß die aufrechnende Partei die ihr gebührende Leistung verlangen und die ihr obliegende Leistung bewirken kann. Daß der Beklagte aber den verjährten Anspruch des Klägers auch dann erfüllen kann, wenn er sich bereits auf die Verjährung berufen hat, ist unstreitig (§ 222 BGB).

II. Zulässigkeit

Die Beifügung von Gegenwartsbedingungen, auch wenn diese nicht zugleich gesetzliche Bedingungen sind, wird von der heute herrschenden Meinung auch bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften als zulässig anerkannt, weil die Gegenwartsbedingung keine Bedingung im Sinne des § 158 BGB ist [4].

1. Diesem Satz wird man zwar in solcher Allgemeinheit nicht beipflichten können. So wäre eine Aufrechnung unter einer beliebigen Gegenwartsbedingung, die weder mit dem vorgenommenen Rechtsgeschäft selbst noch mit der Gestaltung des Verfahrens in irgendeinem Zusammenhang stünde, sicherlich unzulässig, weil die in diesem Fall auftretende Rechtsunsicherheit nicht geringer wäre als bei einer unter einer echten Bedingung erklärten Aufrechnung.

2. Wird die Prozeßaufrechnung dagegen unter der Bedingung erklärt, daß eine von der Partei vorgebrachte Einrede nicht begründet ist, so wird der Eintritt der Forderungstilgung

---

3) Freudenthal-Sauerländer, § 300, 3; Hellmann, S. 246 f; Hollaender, S. 378 ff; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 I 3; Schollmeyer, BGB, § 388, 2c; Soergel-Siebert, § 388, 3.

4) Baumgärtel, S. 120; Enneccerus-Nipperdey, § 195, 2a, b; Erman, vor § 158, 4; Nikisch, Festschrift, S. 775; BGB-RGRK, vor § 158, 8, 9a, g, 12, 13; Soergel-Siebert, § 158, 4, 8; v. Staudinger, vor § 158, 13, 17; OGHZ 3, 250 ff, sowie die in Anm. 2 Genannten.

von einem Ereignis abhängig gemacht, dessen Eintritt oder Nichteintritt vom Gericht jederzeit nachgeprüft werden kann und mit Rücksicht darauf, daß nach § 322 Abs. 2 ZPO die Verteidigungsmittel des Beklagten nicht gleichwertig sind, sogar nachgeprüft werden muß. Die Ungewißheit über den Eintritt der Forderungsaufhebung ist also nur auf die Dauer des Prozesses und damit auf einen Zeitraum beschränkt, innerhalb dessen die Partei die bis zur Urteilsverkündung bestehende Unsicherheit über die materielle Rechtslage von vorneherein hinnehmen muß.

Bei einer solchen Sachlage bestehen dann aber im Falle der nur hilfsweise erklärten Prozeßaufrechnung keine Bedenken, auf die rechtsgeschäftliche Gegenwartsbedingung die gleichen Grundsätze anzuwenden, wie sie für die Zulässigkeit von Gegenwartsbedingungen bei Prozeßhandlungen entwickelt worden sind. Denn ausschlaggebend kann mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung auch hier nur sein, ob die unechte Bedingung gegen das bei Gestaltungsgeschäften ebenso wie bei Prozeßhandlungen geltende Gebot der Rechtsklarheit verstößt oder nicht. Ein solcher Verstoß ist aber bei einer Aufrechnung unter der Bedingung, daß sich eine zumindest gleichzeitig vom Beklagten vorgebrachte rechtshemmende Einrede als nicht erfolgreich erweist, nicht möglich.

§ 13. Die Aufrechnung unter einer echten Bedingung

I. Zweck und Inhalt der Eventualaufrechnung

Die Ansicht, die Eventualaufrechnung werde unter der zulässigen Bedingung des Bestehens der Klageforderung oder der Unbegründetheit rechtshemmender Einreden erklärt, entspricht dem Willen des Beklagten im Regelfalle nicht.

1. Die Forderungsaufhebung soll vielmehr nur dann erfolgen, wenn dies zur Klageabweisung unbedingt notwendig ist, wenn also auf andere Weise das Obsiegen des Klägers nicht mehr verhindert werden kann.

2. Über das Vorliegen dieser Voraussetzungen, nämlich über den Bestand des Klageanspruchs und über die Unbegründetheit rechtshemmender Einreden, entscheidet das Gericht.

Diese Entscheidung braucht aber mit der wahren Rechtslage nicht in Einklang zu stehen. Kommt das Gericht zur Überzeugung, daß die Klageforderung nicht besteht oder unerweislich

ist, so weist es die Klage ab, ohne auf die Aufrechnung zurückzugreifen. Deshalb soll in solchen Fällen nach dem Willen des Beklagten die Forderungsaufhebung selbst dann nicht eintreten, wenn die Klageforderung entgegen der Ansicht des Gerichts bestehen sollte. Andererseits erklärt der Beklagte die Aufrechnung auch für den Fall, daß das Gericht die nichtbestehende Klageforderung als existent ansieht und den Beklagten ohne den geltendgemachten Aufrechnungseinwand zur Zahlung verurteilen würde.

3. Der Beklagte wird daher den Eintritt der Forderungstilgung in aller Regel nicht von der wirklichen Rechtslage, sondern von der Ansicht des Gerichts über den Erfolg des klägerischen und über die Erfolglosigkeit seines eigenen Vorbringens abhängig machen, sodaß nur eine daningehende Auslegung des Innalts der Eventualaufrechnung seinen Interessen gerecht werden kann.

Die Eventualaufrechnung wird also grundsätzlich unter der Bedingung stehen, daß das Gericht die Klageforderung als erwiesen, bezw. die vom Beklagten in erster Linie vorgebrachten rechtshemmenden Einreden als unbegründet ansieht.

4. Zwar meint Hollaender [1], eine Aufrechnung unter der Bedingung, daß das Gericht die Klageforderung für bestehend erachte, sei schon deshalb unmöglich, weil dann die Forderungsaufhebung endgültig und unwiderruflich eintrete, sobald das Gericht erster Instanz zu einer derartigen Auffassung gekommen sei. Der Beklagte könne daher, wenn er das Urteil erster Instanz als unrichtig ansehe, in zweiter Instanz nicht mehr vorbringen, daß die Klageforderung schon unabhängig von der Aufrechnung nicht bestanden habe und das Gericht zweiter Instanz könne das angefochtene Urteil, selbst wenn dieses das Bestehen der Klageforderung und das Nichtdurchgreifen der sonstigen Verteidigungsmittel des Beklagten offensichtlich zu Unrecht angenommen habe, nicht mehr aufheben, weil die Aufrechnungsbedingung auf Grund der maßgeblichen, wenn auch irrigen Überzeugung des Gerichts erster Instanz eingetreten sei und somit die beiden Forderungen erloschen seien.

---

1) S. 379 ff.

Diese Ansicht ist aber unzutreffend; denn falls das Gericht zweiter Instanz die Klageforderung schon mangels Nachweises der klagebegründenden Tatsachen oder infolge Durchgreifens anderer Einwendungen des Beklagten als nicht bestehend erachtet, kann es das Urteil erster Instanz ohne weiteres aufheben. Da § 387 BGB das Bestehen der Klageforderung zur Aufrechnungsvoraussetzung macht, können die Aufrechnungswirkungen nämlich beim Fehlen dieser Voraussetzung ohne Rücksicht auf die Bedingung, die der Beklagte seiner Erklärung beigefügt hat, nicht eingetreten sein. Die entgegenstehende Ansicht des Gerichts erster Instanz ist also ohne Bedeutung, weil es mangels Vorliegens der Aufrechnungsvoraussetzungen kein Aufrechnungsurteil erlassen konnte und das Vorliegen dieser Voraussetzungen von der höheren Instanz jederzeit nachgeprüft werden kann.

5. Gegen diese Auslegung der Bedeutung der Eventualaufrechnung kann auch nicht eingewendet werden, daß die Aufrechnung zwei bestehende Forderungen voraussetze, der Beklagte also nicht gegen eine Forderung aufrechnen könne, die nur nach Ansicht des Gerichts bestehe [2]. Denn dieser mögliche Widerspruch zwischen Urteil und materieller Rechtlage ist keine Besonderheit des hilfsweisen Aufrechnungsvorbringens, sondern muß in jedem Zivilprozeß und hinsichtlich aller Angriffs- und Verteidigungsmittel hingenommen werden.

Aus diesem Grunde ist auch eine Umdeutung der Bedingung "falls das Gericht die Klageforderung für bestehend oder die Einrede für nicht begründet hält" in eine zulässige Rechts- oder Gegenwartsbedingung "falls die Klageforderung besteht oder die Einrede unbegründet ist", nicht geboten; denn die Möglichkeit eines unrichtigen rechtskräftigen Urteils hat nicht, wie Siber meint [3], kraft unwiderleglicher Vermutung als ausgeschlossen zu gelten.

Der Zivilprozeß wird nämlich von der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime beherrscht. Prozeßstoff ist nur, was die Parteien vortragen. Kläger und Beklagter brauchen im Termin

---

2) Nikisch, Festschrift, S. 776.

3) Compensation, S. 120.

zur mündlichen Verhandlung nicht zu erscheinen, worauf im einen Fall die Klage ohne weitere Nachprüfung der Sachlage abgewiesen wird, während im andern Fall das tatsächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen und bei Schlüssigkeit entsprechend dem Klageantrag zu erkennen ist (§§ 330, 331 ZPO). Der Kläger kann seine Klage zurücknehmen, worauf der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist (§ 271 ZPO) oder kann auf den geltend gemachten Anspruch verzichten (§ 306 ZPO); der Beklagte kann den Anspruch anerkennen, worauf er auf Antrag dem Anerkenntnis gemäß verurteilt wird (§ 307 ZPO). Das Gericht ist schließlich berechtigt, verspätet vorgebrachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel sowohl in erster als auch in zweiter Instanz zurückzuweisen (§§ 279, 529 ZPO) und darf im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nur solche Einwendungen des Schuldners berücksichtigen, die im Erkenntnisverfahren noch nicht geltend gemacht werden konnten (§ 767 Abs. 2 ZPO).

6. Alle diese Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung müssen berücksichtigt werden, wenn die Auslegung und die Ermittlung des Begriffs der Eventualaufrechnung dem Willen und den Interessen des Beklagten nicht zuwiderlaufen sollen.

Der Beklagte erklärt die Eventualaufrechnung demnach im Zweifel unter der Bedingung, daß das Gericht im Zeitpunkt der Urteilsfällung die Klageforderung als bestehend und das gesamte übrige Verteidigungsvorbringen als erfolglos erachtet und daß nach dem vorliegenden Sach- und Streitstand ein klageabweisendes Urteil nur durch den Eintritt der Aufrechnungswirkung erreicht werden kann (Rechtsgeschäft).

Gleichzeitig behauptet er, auf diese Weise aufgerechnet zu haben (Prozeßhandlung).

Die rechtsgeschäftliche Aufrechnungserklärung steht also unter einer echten Bedingung, die Geltendmachung dieser bedingten Aufrechnung ist dagegen unbedingt [4].

---

4) Blomeyer, JZ 57, 127; Förtsch, GruchBeitr. 42, 230 ff; Leonhard, Aufrechnung, S. 152; ArchBürgR 21, 175, 200; JherJb. 41, 59 f; Mansfeld, DJZ 98, 257; Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 135; Scherer, Recht 1900, 295; daß es sich um eine Auslegungsfrage handelt, betonen Kreß, S. 560; Lang, S. 44 ff;

Einer derartigen Aufrechnung steht der Wortlaut des § 388 Satz 2 BGB entgegen, weshalb die Zulässigkeit der unter einer echten Bedingung erklärten rechtsgeschäftlichen Eventualaufrechnung häufig verneint wird [5].

Die hilfsweise erklärte Prozeßaufrechnung wird aber vom Verbot des § 388 Satz 2 BGB nicht betroffen, wie sich aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift ergibt.

II. Der Grund des Bedingungsverbots

1. Bei Gestaltungsakten besteht grundsätzlich ein rechtliches Interesse an der Bestimmtheit und Klarheit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts und seiner Wirkungen. Insbesondere bei der Prozeßaufrechnung ist die Eindeutigkeit der Erklärung und die Übersehbarkeit des Eintritts ihrer Wirkungen unbedingt erforderlich um einen für das Gericht und für den Kläger unannehmbaren Schwebezustand zu verhindern.

Die Forderungsaufhebung kann und soll daher nicht an künftige und ungewisse Ereignisse geknüpft werden, die weder zur Aufrechnungserklärung selbst noch zum Ablauf des Verfahrens in irgendeiner inneren Beziehung stehen, sondern vom Beklagten nach freiem Belieben festgesetzt werden.

2. Alle diese gesetzgeberischen Motive treffen aber auf die Eventualaufrechnung im Prozeß nicht zu.

Über den Bestand der Klageforderung sowie über die Unbegründetheit rechtshemmender Einreden und damit über den Eintritt der Bedingung muß das Gericht stets entscheiden, weil der hilfsweise vorgebrachte Aufrechnungseinwand den

---

Pagenstecher, S. 107 ff; Planck-Siber, § 388, 3b; Weigelin, S. 135 ff; vgl. auch Busse, S. 123; Grabner, S. 547. Ferner wird diese Ansicht durchweg von allen Gegnern der zivilistischen Theorie vertreten: Hellwig, Lehrbuch, Bd. 1, S. 243; Kohler, ZZP 20, 16; Larenz, § 27,c; Lippmann, JherJb. 43, 484; Nikisch, Festschrift, S. 775; Oertmann, S. 269 f; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2c; Thon, JherJb. 60, 382.

5) Busse, S. 123; Förtsch, GruchBeitr. 42, 230 ff; Hollaender, S. 376 ff; Kohler, ZZP 24, 22; Larenz, § 27, c; Lippmann, JherJb. 43, 484; Nikisch, Festschrift, S. 775; Pagenstecher, S. 107 ff; Thon, JherJb. 60, 382; Weigelin, S. 141.

übrigen Verteidigungsmitteln des Beklagten nicht gleichwertig ist, sodaß auf ihn nur im Notfall zurückgegriffen werden darf. Die Unsicherheit über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung besteht also nicht für unbestimmte Zeit, sondern ist auf die Dauer des Prozesses beschränkt. Sie ist damit nicht größer als die Ungewißheit der Parteien über die Wirksamkeit und den Erfolg sonstigen Eventualvorbringens. Es wird vielmehr nur eine ohnehin bestehende prozessuale Unsicherheit auf das materielle Rechtsgeschäft übertragen [6]. Der Eintritt der Aufrechnungswirkung kann dagegen nicht mehr nachträglich oder von außen durch verfahrensfremde Umstände beeinträchtigt oder hinfällig gemacht werden [7].

III. Der Wille des Gesetzgebers

1. Auch der Gesetzgeber ist von der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ausgegangen, wie aus den Motiven zum BGB hervorgeht.

Dort ist ausgeführt, daß mit einer bedingten und deshalb rechtlich wirkungslosen Aufrechnung nicht der Fall zu verwechseln sei, daß der Schuldner im Prozeß den Klageanspruch zunächst aus anderen Gründen bekämpfe und die Aufrechnung nur eventuell geltend mache. Hier liege nämlich eine unbedingte Aufrechnung vor, welche mangels einer wesentlichen Voraussetzung zerfalle, wenn der Richter den eingeklagten Anspruch aus anderen Gründen für ungerechtfertigt erkläre [8].

Die Eventualaufrechnung sollte also vom Verbot des § 388 Satz 2 BGB nicht erfaßt werden.

2. Dieser Wille des Gesetzgebers ist allerdings in der betreffenden Vorschrift nicht zum Ausdruck gekommen, weil man die Eventualaufrechnung irrig als unter einer bloßen Rechtsbedingung stehend ansah und aus diesem Grunde eine positive Ausnahmeregelung von der nur auf echte Bedingungen zugeschnittenen Vorschrift des § 388 Satz 2 BGB nicht für

---

6) Blomeyer, JZ 57, 127; Mansfeld, S. 257; Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 135; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2c, vgl. auch Leonhard, Aufrechnung S. 152; Scherer, S. 295.

7) RGZ 144, 73.

8) Motive, S. 108.

erforderlich hielt.

Da der Wille des Gesetzgebers bei der Gesetzesauslegung allein nicht entscheidend ist, muß in solchen Fällen, in denen sich die Fassung des Gesetzes und die Vorstellungen des Gesetzgebers nicht decken, grundsätzlich dem Wortlaut des Gesetzes der Vorrang eingeräumt werden.

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Wille des Gesetzgebers, sei es auch an anderer Stelle, im Gesetz zumindest andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ist dies aber in §§ 209, 215 BGB sowie in §§ 145, 302 ZPO mit hinreichender Deutlichkeit geschehen.

IV. Die Auslegung des § 209 BGB

1. Nach § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB wird die Verjährung des Anspruchs durch die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozeß unterbrochen.

§ 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB geht also von einer Aufrechnung aus, die den Untergang der beiderseitigen Forderungen nicht zur Folge hatte; denn wäre die Aufrechnungswirkung mit Abgabe der Aufrechnungserklärung eingetreten, so wären die Forderungen erloschen und damit ihre Verjährung oder deren Unterbrechnung ausgeschlossen.

2. Nach heute herrschender Meinung kann sich der Anwendungsbereich des § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB deshalb von vorneherein nur auf zwei Fälle des Aufrechnungsvorbringens erstrecken, nämlich auf alle nach §§ 390 ff BGB unzulässigen Aufrechnungserklärungen und auf die Eventualaufrechnung, weil eine zulässige oder unbedingte Aufrechnung den Untergang des Anspruchs herbeigeführt hätte [9].

Die Anhänger der zivilistischen Theorie vertreten daher fast durchweg die Ansicht, daß die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung in § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB positivrechtlich anerkannt sei [10].

---

9) Palandt, § 209, 3d; BGB-RGRK, § 215, 1.

10) Blomeyer, Schuldrecht, S. 275; Erman, § 388, 4; Lang, S. 44 ff; Leonhard, ArchBürgR 21, 205; Mansfeld, S. 257; Planck-Siber, § 388, 3b; Rehbein, §§ 387 ff, 25; BGB-RGRK, vor § 387, 10; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 I 3; Schollmeyer,

3. Wie sich aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift ergibt, umfaßt sie jedoch nicht jedes eventuelle Aufrechnungsvorbringen.

a) So bezieht sie sich nicht auf solche Erklärungen, die infolge der ihnen beigefügten Bedingung zwar nicht sofort wirken, aber den Untergang von Klage- und Gegenforderung schließlich doch herbeiführen, weil sich alle sonstigen Verteidigungsmittel des Beklagten als erfolglos erwiesen haben. Hier ist die Unterbrechung der Verjährung der Gegenforderung nämlich nicht erforderlich, weil auch mit verjährten Forderungen aufgerechnet werden kann, wenn diese im Zeitpunkt des Entstehens der Aufrechnungslage noch nicht verjährt waren (§ 390 Satz 2 BGB).

b) § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB ist vielmehr auf solche hilfsweisen Aufrechnungserklärungen beschränkt, welche überhaupt keine materiellen Wirkungen entfalten, weil die Bedingung, unter der sie stehen, nicht eingetreten ist [11].

c) Der Beklagte wird dann nämlich im Regelfalle gezwungen sein, seine Gegenforderung im Klagewege geltend zu machen, weil für eine Aufrechnung mangels Bestehens einer Forderung des Gläubigers keine Möglichkeit mehr vorhanden ist. Da der Schuldner seine Forderung aber klageweise nicht mehr durchsetzen könnte, wenn sie inzwischen verjährt wäre, schützt ihn § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB, indem hiernach, falls es nicht zur Aufrechnung kommt, die Verjährung der nur eventuell zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung solange unterbrochen wird, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist (§ 215 Abs. 1 BGB).

Da die Unterbrechung nach § 215 Abs. 2 BGB als nicht erfolgt gilt, wenn nicht binnen sechs Monaten nach Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung des aufgerechneten Anspruchs erhoben wird, muß die Gegenforderung also zu diesem Zeitpunkt noch bestehen, weil sie sonst nicht mehr im Klagewege verfolgt werden könnte. §§ 209, 215 BGB können also nur auf den Fall des nicht zur Aufrechnung verwendeten Eventualvorbringens zugeschnitten sein.

4. Die von den Anhängern der prozessualen Theorie und der Misch-

---

BGB, § 388, 2c; Soergel-Siebert, § 209, 25; v. Staudinger, § 388 II 1.

11) Oertmann, S. 157; Palandt, § 209, 3d.

theorien vertretene Meinung, aus §§ 209, 215 BGB könne die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung nach der zivilistischen Theorie nicht hergeleitet werden, weil diese Bestimmungen auch ohne Einbeziehung der Eventualaufrechnung ihren Sinn und ihren Anwendungsbereich behielten [12], kann also nicht überzeugen.

a) Denn einmal soll die zugunsten des Beklagten erlassene Vorschrift des § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers alle Fälle einschließen, in denen der Beklagte Gefahr laufen würde, seine aufrechnungsweise geltend gemachte, zur Aufrechnung aber nicht verwendete Gegenforderung durch Zeitablauf nicht mehr realisieren zu können. Daß die Eventualaufrechnung unter diesen Umständen von der Regelung des § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB erfaßt wird, kann daher nicht zweifelhaft sein, zumal sie gerade den Hauptanwendungsfall dieser Vorschrift bildet [13].

b) Zum andern sind die von Oertmann [14] aufgezählten sonstigen Beispiele unwirksamen Aufrechnungsvorbringens, auf welche §§ 209 Abs. 2 Ziffer 3, 215 BGB sich beziehen sollen, fast durchweg nicht zutreffend.

aa) Der von Oertmann [15] erwähnte Fall der eventuellen Berufung auf eine außerprozessuale, materiell aber unwirksame Aufrechnungserklärung ist nur ein Unterfall der unzulässigen Aufrechnung.

bb) Wird das Aufrechnungsvorbringen dagegen nicht berücksichtigt, weil kein Sachurteil ergeht oder weil das Verteidigungsmittel nach §§ 279, 529 zurückgewiesen oder weil der Aufrechnungseinwand widerrufen wird [16], so wären nach der zivilistischen Theorie, falls der Beklagte unbedingt aufgerechnet hätte und die Klageforderung bestand, Forderung und Gegenforderung erloschen, sodaß eine Anwendung des § 209 BGB von vorneherein scheitern würde. Hat der Beklagte dagegen nur hilfsweise aufgerechnet, so ist in diesen Fällen auch nach der zivilistischen Theorie bei einer sachgerechten Auslegung des Inhalts der Even-

---

12) Nikisch, Festschrift, S. 782; Oertmann, S. 270; Weigelin, S. 140.
13) Dies gibt auch Oertmann, S. 157, zu.
14) S. 157 f.
15) S. 157.
16) Oertmann, S. 158.

tualaufrechnung die Forderungsaufhebung noch nicht eingetreten, wie im folgenden Abschnitt dargestellt werden soll. § 209 BGB ist dann anwendbar, es liegt aber lediglich ein Fall der Eventualaufrechnung vor.

cc) Es verbleibt demnach im Rahmen des § 209 BGB nur noch die Möglichkeit, daß der Beklagte die Aufrechnung unbedingt erklärt hat, die Klageforderung sich aber im folgenden als nicht bestehend erweist [17].

Dieser Fall ist denkbar, weil auch in einer unbedingt erklärten Aufrechnung kein prozessuales Anerkenntnis, sondern allenfalls ein gerichtliches Geständnis der klagebegründenden Tatsachen zu erblicken ist [18]. Das gerichtliche Geständnis macht aber, im Gegensatz zum Anerkenntnis, eine Sachprüfung nicht überflüssig [19], sodaß sich die als zugestanden anzusehenden klagebegründenden Tatsachen immer noch als nicht schlüssig erweisen können und deshalb die Klage bereits aus diesem Grunde abgewiesen werden muß.

Daß dieser praktisch kaum vorkommende Fall aber die Anwendung des § 209 BGB auf die Eventualaufrechnung nicht ausschließt, ist unzweifelhaft.

5. Weil §§ 209, 215 BGB von einer mit der Geltendmachung im Prozeß noch nicht zivilrechtlich wirkenden Aufrechnungserklärung ausgehen, ist auch die Auffassung vertreten worden, diese Vorschriften sprächen für die Richtigkeit der prozessualen Theorie, bezw. der Mischtheorien [20].

Dies ist aber unrichtig. Die Aufrechnungserklärung wirkt nach der prozessualen Theorie und nach der Theorie der aufschiebend bedingten Privatrechtswirkungen allerdings nicht sofort mit Abgabe der Erklärung. Die Forderungen erlöschen aber, wenn der Richter die Aufrechnung vollzieht oder wenn die Bedingung eintritt, unter der die Prozeßhandlung steht. Demgegenüber beziehen sich §§ 209, 215 BGB aber nur auf solche Aufrechnungserklärungen, die überhaupt nicht privatrechtlich wirken. Da bei nicht durchgreifender Aufrechnung aber nach keiner Aufrech-

---

17) Oertmann, S. 158.

18) Vgl. S. 59 f.

19) Baumbach-Lauterbach, § 288, 3 A; § 307, 3 C.

20) Nikisch, Lehrbuch, § 68 II 3; Wach, ZZP 27, 14; vgl. auch Oertmann, S. 40 f, 43.

nungstheorie eine Forderungstilgung eintritt, können §§ 209, 215 BGB nicht zur Stützung von Meinungen herangezogen werden, welche eine Aufrechnungserklärung anerkennen, mit welcher die Forderungsaufhebung noch nicht unmittelbar verbunden ist.

6. Oertmann [21] meint hingegen, aus dem Umstand, daß die Aufrechnung im Prozeß in § 209 BGB inmitten rein prozessualer Akte aufgeführt und diesen in der Wirkung gleichgestellt ist, auf die Besonderheit der Prozeßaufrechnung gegenüber der zivilrechtlichen Aufrechnungserklärung und auf die Rechtsnatur dieser Aufrechnung als Prozeßhandlung schließen zu können.

Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß, an welche § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB die Unterbrechung der Verjährung knüpft, ist aber nach jeder Theorie, auch nach der zivilistischen, unstreitig Prozeßhandlung, sodaß hieraus ein Unterschied zwischen prozessualer und außerprozessualer Aufrechnung nicht hergeleitet werden kann.

7. Weil die privatrechtliche Wirkung nach § 209 BGB nur eine Nebenwirkung der dort genannten Prozeßhandlungen darstellt, kann daraus auch nicht gefolgert werden, daß die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß auch im übrigen nicht als privatrechtlich bedeutungslos angesehen werden könne [22]. Eine forderungsaufhebende und somit typisch privatrechtliche Wirkung der bloßen Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß kann also mit der Vorschrift des § 209 Abs. 2 Ziffer 3 BGB nicht begründet werden, zumal unter dem Begriff "Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß" wiederum nicht nur die Berufung auf eine erst in der mündlichen Verhandlung erfolgte Aufrechnung, sondern auch der Einwand der bereits außerprozessual geschehenen Aufrechnung zu verstehen ist [23]. Im letzteren

---

21) S. 40.

22) Oertmann, S. 43.

23) Baumgärtel, S. 162. Der dieser Bestimmung zugrunde liegende Gedanke, dem Beklagten seine Gegenforderung zu erhalten, falls es aus irgendwelchen Gründen nicht zur Aufrechnung kommt, trifft nämlich auch hier zu, etwa im Fall einer außerprozessualen, wegen §§ 390 ff BGB aber unwirksamen Aufrechnung, auf deren Tilgungswirkung sich der Beklagte in einem späteren Prozeß beruft.

Fall könnte aber der Untergang der beiderseitigen Forderungen unstreitig nur rechtsgeschäftlich bewirkt worden sein.

V. Die Auslegung der §§ 145, 302 ZPO

Die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ergibt sich schließlich auch aus §§ 145, 302 ZPO [24].

1. Nach § 145 Abs. 3 ZPO kann das Gericht bei Aufrechnung mit einer nicht konnexen Gegenforderung anordnen, daß über die Klage und über die Aufrechnung getrennt verhandelt werde.

Die Klageforderung muß also bestritten sein; wäre sie es nicht, wäre nämlich der Rechtsstreit insoweit entscheidungsreif und eine getrennte weitere Verhandlung über die Klageforderung undenkbar, selbst wenn kein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO erlassen werden sollte. Ist die Klageforderung aber bestritten, so muß es sich bei der geltend gemachten Aufrechnung im Zweifel um eine Eventualaufrechnung handeln.

Zwar ist auch im Rahmen des § 145 Abs. 3 ZPO die Geltendmachung einer unbedingten Aufrechnung gegenüber einer bestrittenen Klageforderung denkbar, so etwa, wenn der Beklagte außerprozessual aufgerechnet hat, der Gläubiger jedoch das Bestehen dieser Gegenforderung bestreitet und später trotz erfolgter Aufrechnung seine Forderung einklagt.

Eine Anordnung nach § 145 Abs. 3 ZPO ist also möglich. Eine solche Aufrechnung wird aber gegenüber der Vielzahl eventueller und erst im Prozeß abgegebener Aufrechnungserklärungen immer die Ausnahme bilden. Daß § 145 Abs.3ZPO neben der hilfsweisen Prozeßaufrechnung noch weitere Fälle umfaßt, hindert aber nicht, aus dieser Vorschrift auf die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung zu schließen, wenn feststeht, daß die Eventualaufrechnung zumindest ein Fall der in § 145 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Regelung sein muß.

2. Das gleiche gilt von der Bestimmung des § 302 ZPO, weil zumindest in allen Fällen, in denen die Spruchreife nicht von Anfang an gegeben ist, sondern erst nachträglich eintritt, die Klageforderung zwangsläufig bestritten gewesen sein muß.

---

24) Kreß, S. 560; Lang, S. 44 ff; Leonhard, ArchBürgR 21, 205; Oertmann, S. 271; Reinbein, §§ 387 ff, 25; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 I 3; Scherer, S. 295; Schollmeyer, BGB, § 388, 2c; Windscheid-Kipp, S. 479, c.

Die Aufrechnung gegen eine bestrittene Klageforderung ist aber, von Ausnahmen abgesehen, stets Eventualaufrechnung. Die Bestimmung des § 302 ZPO kann also ebenfalls wesentlich nur auf die Eventualaufrechnung zugeschnitten sein; daß sich § 302 ZPO neben der erst im Prozeß erklärten Eventualaufrechnung auch auf außerprozessuale und unbedingte Aufrechnungserklärungen beziehen kann [25] und deshalb selbst dann nicht ohne Bedeutung wäre, wenn er die Eventualaufrechnung nicht zum Gegenstand hätte, ist also nicht entscheidend.

2. Abschnitt : Der unberücksichtigte Aufrechnungseinwand

§ 14. Die Fälle verspäteten Aufrechnungsvorbringens

I. Die Möglichkeit der Zurückweisung

1. Nach § 278 Abs. 1 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel in erster Instanz bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltend gemacht werden; doch kann das Gericht nachträglich vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel zurückweisen, wenn durch ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde und die nachträgliche Geltendmachung in Verschleppungsabsicht erfolgt oder auf grobe Nachlässigkeit zurückzuführen ist (§ 279 Abs. 1 ZPO).

2. Eine ähnliche Regelung besteht für die Berufungsinstanz. Während hier die Partei nämlich grundsätzlich selbst solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen kann, die sie im ersten Rechtszug noch nicht geltend gemacht hat (§ 529 Abs. 1 ZPO), ist ein in der Berufungsinstand erstmals vorgebrachter Aufrechnungseinwand nur zuzulassen, wenn der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung der Aufrechnung für sachdienlich hält (§ 529 Abs. 5 ZPO).

3. Mit der Vollstreckungsgegenklage kann der Schuldner materiellrechtliche Einwendungen gegen den ausgeurteilten Anspruch nur geltend machen, wenn die Gründe, auf denen die Einwendungen beruhen, erst nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung im Vorprozeß entstanden sind (§ 767 Abs. 2 ZPO).

4. Eine Nichtberücksichtigung verspäteten Aufrechnungsvorbringens ist schließlich auch im Rahmen einer Entscheidung nach

---

25) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 302 II 1.

§ 304 Abs. 1 ZPO möglich.

Wird über den Grund eines Anspruchs vorabentschieden, so muß das Gericht im Grundurteil alle den Bestand des Anspruchs ganz oder zum Teil betreffenden Streitpunkte, also grundsätzlich auch den Aufrechnungseinwand, erledigen [1]. Da im Nachverfahren über den Betrag Einwendungen, die den Grund betreffen, nicht mehr zulässig sind, wenn sie vor Schluß der mündlichen Verhandlung im Verfahren über den Grund entstanden sind [2], so ist auch hier eine Nichtberücksichtigung der verspäteten Aufrechnungserklärung im Urteil denkbar.

II. Die Folgen der Zurückweisung

§§ 279, 529, 304 und 767 ZPO beziehen sich gleichermaßen auf die außer- und innerprozessuale Aufrechnung und regeln nur die prozessuale Behandlung des Aufrechnungsvorbringens. Im Falle der Prozeßaufrechnung kann also lediglich die Berufung auf Aufrechnung als verspätet zurückgewiesen oder nicht mehr zugelassen werden; die rechtsgeschäftliche Aufrechnungserklärung wird dagegen von diesen Vorschriften nicht berührt. §§ 279, 529, 304 und 767 ZPO enthalten also kein materielles Aufrechnungsverbot. Die Aufrechnungserklärung ist zulässig und führt den Untergang der beiderseitigen Forderungen herbei; der auf diese Erklärung gestützte Aufrechnungseinwand wird jedoch im Urteil nicht beachtet.

1. Dies hätte zur Folge, daß der Beklagte seine Gegenforderung durch die Aufrechnung verlieren, gleichwohl aber zur Zahlung an den Kläger verurteilt werden würde.

Dieses Ergebnis ist unbillig und widerspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Der Beklagte, der sich verspätet auf Aufrechnung beruft, soll zwar den Nachteil zu tragen haben, der sich aus der Zurückweisung seines Verteidigungsmittels ergibt. Aus diesem Grunde wird sein Vorbringen im Urteil nicht berücksich-

---

1) RGZ 52, 27; 61,410; 123, 6; 170, 283; BGH in NJW 53, 1589; Baumbach-Lauterbach, § 304, 3 B; Rosenberg, Lehrbuch, § 55 III 3 c ; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 304 I 2 b ; ein Grundurteil unter Vorbehalt der Aufrechnung ist nur möglich, wenn die Klageforderung die Gegenforderung übersteigt (RGZ 61, 410; 170, 283; BGHZ 11, 63).

2) RGZ 138, 213; Baumbach-Lauterbach, § 304, 5 A.

tigt und der Klage trotz Bestehens einer aufrechnungsfähigen Gegenforderung stattgegeben, bezw. die Vollstreckungsgegenklage abgewiesen.

Wollte man einer derartigen Aufrechnung aber zusätzlich noch materielle Wirkungen zusprechen, so würde der Beklagte in doppelter Weise benachteiligt, da es ihm verwehrt wäre, seine erloschene Gegenforderung in einem Zweitprozeß klageweise geltend zu machen.

Mit Recht weist Henckel [3] daraufhin, daß der Beklagte damit letzten Endes nicht bestraft würde, weil er verspätet, sondern weil er überhaupt aufgerechnet hat.

Andererseits würde die Position des Gläubigers in einem Maße verbessert, die nicht gerechtfertigt erschiene. Denn der Kläger hat zwar einen Anspruch darauf, von der Prozeßordnung wirksam gegen Verzögerungsmaßnahmen des Beklagten geschützt zu werden; es geht aber nicht an, ihn trotz des nach §§ 279, 529, 304,767 ZPO erlangten obsiegenden Urteils auch noch von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Beklagten zu befreien. Der Umstand, daß dem Beklagten in diesem Falle wenigstens ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger zugebilligt wird, wenn dieser aus dem erzielten, mit der Rechtslage aber nicht in Einklang stehenden Urteil die Zwangsvollstreckung betreiben sollte [4], kann demgegenüber nicht als gleichwertiger Ersatz für den eingetretenen Forderungsverlust angesehen werden.

2. Die Anhänger der zivilistischen Theorie vertreten daher überwiegend die Meinung, daß eine nach §§ 279, 529, 304 und 767 ZPO im Urteil nicht verwendete Aufrechnung auch materiellrechtlich wirkungslos sei [5].

---

3) ZZP 74, 174.

4) Henckel, S. 169, Anm. 8, S. 176, Anm. 30; Nikisch, Festschrift, S. 788; Oertmann, S. 111; Rosenberg, ZZP 59, 229; vgl. auch BGB-RGRK, § 812, 122, sowie S. 97 ff.

5) Baumbach-Lauterbach, § 767, 4 B; BGB-RGRK, vor § 387, 16, 19; § 389, 3; Blomeyer, JZ 57, 127; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, § 43, 4; Henckel, ZZP 74, 165 ff; Kohler, ZZP 20, 17 f (auch für die rechtsgeschäftliche Aufrechnung); Neuner, S. 131 f; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 II 3; ZZP 59, 229 f; Schuler, NJW 56, 1497 ff; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2a; § 767 II c; Wieczorek, § 529 B III; § 767 C II a 10; RGZ 158, 149 f;

Gegen diese Auffassung spricht aber die Entstehungsgeschichte der §§ 279, 529, 767 ZPO.

§ 15. Das nach §§ 279, 529 ZPO zurückgewiesene Aufrechnungsvorbringen

I. Die Rechtslage von 1877

Die ZPO von 1877, die erkennbar von der Theorie der gerichtlichen Kompensation ausgegangen ist, enthielt keine besondere Regelung. Da der Aufrechnungsvollzug und damit die Tilgung der beiden Forderungen erst durch richterliches Gestaltungsurteil herbeigeführt wurde, konnte ein in erster oder zweiter Instanz zurückgewiesenes Aufrechnungsvorbringen (§§ 252, 491 Abs. 2 ZPO i.d.F. von 1877) den Untergang der Gegenforderung nicht zur Folge haben. Der Beklagte wurde also zur Zahlung verurteilt, seine Gegenforderung blieb ihm jedoch erhalten.

II. Die Änderung von 1898

Die Novelle von 1898, durch welche die ZPO dem neuen bürgerlichen Recht angepaßt wurde, trug dagegen dem Umstand Rechnung, daß eine Zurückweisung des Aufrechnungsvorbringens auf den Eintritt der materiellen Wirkungen nunmehr ohne Einfluß war.

1. Wurde daher der in der Berufungsinstanz erstmals geltend gemachte Aufrechnungseinwand als schuldhaft verspätet zurückgewiesen, so fanden die Vorschriften der §§ 540, 541 ZPO Anwendung (§ 529 Abs. 3 ZPO i.d.F. von 1898). Danach wurde der Beklagte zwar zur Zahlung verurteilt, doch war dieses Urteil ein bloßes Vorbehaltsurteil, welches aufgehoben wurde, falls der Beklagte in einem Nachverfahren, das nur den vorbehaltenen Aufrechnungseinwand zum Gegenstand hatte, das Bestandenhaben seiner Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung nachwies [1].

Der Beklagte wurde also bei Zurückweisung seines Verteidigungsmittels hinreichend geschützt; unbillige Ergebnisse waren ausgeschlossen.

2. Dem stand auch nicht entgegen, daß bei einer Zurückweisung des Aufrechnungseinwandes in erster Instanz eine dem § 529

BGHZ 16, 140; 17, 34; 34, 274; vgl. auch RG in ZZP 59, 226.
A.M. : Baumgärtel, S. 164; Planck-Siber, § 388, 2.
1) Vgl. S. 30 f.

Abs. 3 a. F. entsprechende Bestimmung fehlte, die Zurückweisung hier also endgültig war (§ 279 ZPO); denn der Beklagte konnte das nach § 279 ZPO zurückgewiesene Aufrechnungsvorbringen in der Berufungsinstanz wiederholen. Eine erneute Zurückweisung nach § 529 Abs. 3 ZPO war hier ausgeschlossen, weil diese Bestimmung eine neue Aufrechnung voraussetzte. Eine schon in erster Instanz, wenn auch verspätet vorgebrachte und deshalb zurückgewiesene unbedingte oder eventuelle Aufrechnung war aber keine neue Aufrechnung im Sinne des § 529 Abs. 3 ZPO [2].

Auch im Falle einer Zurückweisung nach § 279 ZPO konnte der Beklagte also in der Berufungsinstanz stets eine Abweisung der Klage wegen durchgreifender Aufrechnung erreichen.

III. Der geltende Rechtszustand

Dagegen erfuhr die Vorschrift des § 529 ZPO eine grundlegende Änderung durch die Zivilprozeßnovelle von 1933, welche § 529 Abs. 3 durch § 529 Abs. 5 ersetzte.

1. Zweck dieser Novelle war es, einer Verzögerung des Prozesses durch nachträglich geltend gemachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel entgegenzuwirken und einen rascheren Fortgang des Verfahrens zu gewährleisten.

Dementsprechend wurden die Voraussetzungen, unter denen das neue Aufrechnungsvorbringen in der Berufungsinstanz zurückgewiesen werden konnte, erheblich verschärft. Während § 529 Abs. 3 ZPO a. F. eine Zurückweisung nur gestattete, falls der Kläger in die Geltendmachung nicht einwilligte oder wenn das Aufrechnungsvorbringen in erster Instanz schuldhaft unterblieben war, ist der neue Aufrechnungseinwand nunmehr ohne Rücksicht auf vorliegendes Verschulden des Beklagten nur zuzulassen, wenn entweder der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung für sachdienlich erachtet. Vor allem aber wurde das Vorbehaltsverfahren nach § 540 f ZPO a. F. beseitigt.

Die Zurückweisung nach § 529 Abs. 5 ZPO hat also trotz des Verlustes der Gegenforderung die endgültige Nichtbeachtung der Aufrechnung im Urteil zur Folge.

---

2) RGZ 31, 364 f; Oertmann, S. 93 f; Gaupp-Stein, § 529 V 1.

2. Im übrigen besteht jedoch nach wie vor dieselbe Rechtslage wie zur Zeit der Novelle von 1898, weil sich auch § 529 Abs. 5 ZPO nur auf neues Aufrechnungsvorbringen bezieht. Das bedeutet, daß eine bereits in erster Instanz vorgebrachte bedingte oder unbedingte Aufrechnung von § 529 Abs. 5 ZPO selbst dann nicht erfaßt wird, wenn sie dort nach § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesen wurde; denn auch in diesem Fall handelt es sich nicht um eine neue Aufrechnung nach § 529 Abs. 5 ZPO.

a) Dieses Ergebnis ist allerdings nicht unbestritten. So wird die Ansicht vertreten, daß die nach § 279 ZPO mit Recht zurückgewiesene Aufrechnung auch in der Berufungsinstanz nicht wiederholt werden dürfe [3].

b) Diese Meinung hat zweifellos Sinn und Zweck des § 529 Abs. 5 ZPO für sich; doch war das Gegenteil bereits für die Auslegung des § 529 Abs. 3 ZPO a. F. von Literatur und Rechtsprechung anerkannt [4]. Für die letztere Auffassung spricht auch der Gesetzeswortlaut, der sich insoweit von § 529 Abs. 3 ZPO a. F. nicht unterscheidet.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man die Bestimmung des § 529 Abs. 2 ZPO auch im Rahmen des Absatzes 5 zur Anwendung bringen wollte, weil nach § 529 Abs. 2 Satz 2 allgemein auch das in erster Instanz nach § 279 ZPO zurückgewiesene Vorbringen der Zulassung bedarf [5]. § 529 Abs. 5 enthält aber gegenüber den Absätzen 2 und 3 eine Sonderregelung und schließt diese für sonstige Angriffs- und Verteidigungsmittel geltenden Bestimmungen aus [6]. Mit Recht hat das RG [7] deshalb darauf hingewiesen, daß mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für die Entscheidung der vorliegenden Frage allein vom Wortlaut des

---

3) Baumbach-Lauterbach, § 529, 5 A; Rosenberg, Lehrbuch, § 137 III 2a; Zöller, § 529, 6.

4) Vgl. Anm. 2; ebenso ferner Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 529 V 1; Wieczorek, § 529 B III c 4.

5) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 529, 3 B.

6) RGZ 119, 69; Baumbach-Lauterbach, § 529, 5 B; allgemeine Meinung.

7) RGZ 31, 364 f; 119, 69.

§ 529 Abs. 5 ZPO auszugehen ist.

c) Danach ergibt sich, daß auch nach der heutigen Fassung der ZPO eine nach § 279 zurückgewiesene Aufrechnung in zweiter Instanz stets nachgeholt werden kann, sodaß der Beklagte bei bestehender Gegenforderung immer ein klageabweisendes Urteil erreichen kann.

d) Ein in der Berufungsinstanz erstmals vorgebrachter Aufrechnungseinwand kann dagegen nach § 529 Abs. 5 ZPO zurückgewiesen werden und bleibt damit endgültig unberücksichtigt, ein ohne Zweifel merkwürdiges Ergebnis, wenn man bedenkt, daß bei der Geltendmachung von Gegenforderungen, die erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz entstanden sind und die daher in erster Instanz überhaupt noch nicht vorgebracht werden konnten, die Zulassung mangels Sachdienlichkeit im Sinne des § 529 Abs. 5 ZPO grundsätzlich verneint werden kann [8], während der Beklagte sich in zweiter Instanz ohne weiteres auf eine Aufrechnung berufen kann, deren Geltendmachung ihm nach § 279 ZPO schon in erster Instanz wegen offensichtlicher Verschleppungsabsicht untersagt wurde.

IV. Die Folgen der Zurückweisung

Während § 279 demnach für die Anhänger der zivilistischen Theorie keine Schwierigkeiten bereitet, weil der in erster Instanz nicht zugelassene Aufrechnungseinwand in der Berufungsinstanz erfolgreich wiederholt werden kann, hätte eine nach § 529 Abs. 5 ZPO zurückgewiesene unbedingte Aufrechnung den Untergang der Gegenforderung zur Folge. Da der Beklagte gleichwohl zur Zahlung verurteilt wird, soll ihm jedoch seine Forderung erhalten bleiben.

1. Rosenberg begründet die materiellrechtliche Wirkungslosigkeit einer solchen Aufrechnung mit einer vom RG getroffenen Entscheidung [9], wonach eine Aufrechnung, auf welche nach § 767 Abs. 2 ZPO die Vollstreckungsgegenklage nicht mehr gestützt werden kann, auch zivilrechtlich wirkungslos sei.

---

8) Baumbach-Lauterbach, § 529, 5 B.

9) RG in ZZP 59, 226 = HRR 35, 691; ebenso BGH JZ 57, 509.

a) In einer Anmerkung zu diesem Urteil [10] bemerkt er, daß dies in allen Fällen gelten müsse, in denen dem Schuldner nach §§ 279, 529, 767 ZPO die Berufung auf Erfüllung oder auf ein Erfüllungssurrogat versagt werde. Die bürgerlichrechtliche Wirkungslosigkeit der Aufrechnung sei die Kehrseite der prozessualen Unzulässigkeit ihrer Geltendmachung.

Für diese Auffassung findet sich jedoch keine gesetzliche Grundlage; denn nach der auch von Rosenberg vertretenen zivilistischen Theorie ist die prozessuale Wirksamkeit der Aufrechnung auf den Eintritt der materiellen Folgen gerade ohne Einfluß.

b) Auch die erwähnte Entscheidung des RG kann zur Beantwortung der Frage, ob eine nach §§ 279, 529 ZPO nicht zugelassene Aufrechnung bürgerlichrechtlich wirkungslos ist, nicht herangezogen werden; denn in dieser Entscheidung ist ausdrücklich nicht einmal die Wirkungslosigkeit einer nach § 767 Abs. 2 ZPO zurückgewiesenen Aufrechnung bejaht worden; zum andern beruhte diese Entscheidung ausschließlich auf vollstreckungsrechtlichen Erwägungen und kann deshalb auch aus diesem Grunde nicht auf den völlig anders gelagerten Fall der Zurückweisung nach § 529 Abs. 5 ZPO übertragen werden.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein Hypothekengläubiger hatte zunächst die persönliche Schuldklage erhoben und gegen den Beklagten ein Zahlungsurteil erstritten. In diesem Rechtsstreit hatte der Beklagte die Aufrechnung mit einer Gegenforderung unterlassen, obwohl alle Aufrechnungsvoraussetzungen erfüllt waren. In einem Zweitprozeß klagte der Gläubiger nunmehr auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen des im Erstprozeß rechtskräftig zuerkannten Anspruchs, worauf der Beklagte die Aufrechnung mit seiner Gegenforderung erklärte.

Das RG, das den Aufrechnungseinwand nicht zugelassen hat, hat dazu ausgeführt, daß der Beklagte den dem Kläger im Vorprozeß zuerkannten Anspruch nicht mehr mit der Vollstreckungsgegenklage bekämpfen könne. Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO sei es aber, den Beklagten zur Erfüllung des Ersturteils,

---

10) ZZP 59, 229 f.

sei es freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung zu verpflichten. Mit der im Zweitprozeß erklärten Aufrechnung versuche der Beklagte jedoch, sich der Befolgung des Ersturteils zu entziehen; denn die Zweitklage sei auf Verpflichtung zur Leistung bezüglich des im Vorprozeß festgestellten Anspruchs gerichtet und sei deshalb bereits eine die Zwangsvollstreckung aus dem Ersturteil vorbereitende Maßnahme. Die Aufrechnung sei demgemäß auf die Abwehr der Zwangsvollstreckung aus dem Ersturteil gerichtet, sodaß § 767 Abs. 2 ZPO entsprechend anwendbar sei. § 767 Abs. 2 ZPO nehme also der Aufrechnungserklärung die ihr sonst zukommende sachlichrechtliche Bedeutung.

Das RG hat also der Aufrechnung die Tilgungswirkung nicht deshalb abgesprochen, weil dieses Ergebnis die notwendige Folge der prozessualen Zurückweisung sei, sondern weil eine materiell wirksame Aufrechnungserklärung den im Erstprozeß bereits festgestellten Anspruch des Gläubigers wieder zum Erlöschen gebracht hätte, § 767 Abs. 2 ZPO aber unanwendbar gewesen wäre; denn die Aufrechnung wurde nicht im Verfahren nach § 767 ZPO, sondern rechtzeitig im Erkenntnisverfahren nach § 1147 BGB vollzogen.

2. Henckel [11] geht dagegen zutreffend davon aus, daß das BGB keine Bestimmung enthält, wonach die auf Grund prozessualer Bestimmungen unberücksichtigt gebliebene Aufrechnung auch materiellrechtlich wirkungslos ist. Anhand einer rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Betrachtung kommt er jedoch zu dem Ergebnis, daß hier eine Gesetzeslücke vorliege, die dadurch auszufüllen sei, daß die Liquidität, also das Feststehen der Gegenforderung zu einem materiellen Aufrechnungserfordernis erhoben werde [12].

Weil die Aufrechnung mit einer liquiden Gegenforderung den Rechtsstreit nicht verzögern und die auf eine solche Aufrechnung gestützte Einwendung deshalb niemals nach §§ 279, 529 ZPO zurückgewiesen werden kann [13], ist der Anwendungsbereich dieser Vorschriften auf Aufrechnungen mit illiquiden Gegenforderungen beschränkt. Wäre die Liquidität der Gegen-

---

11) S. 176 ff.

12) Zustimmend Blomeyer, Zivilprozeß, § 60 II 4.

13) RGZ 89, 18; Baumbach-Lauterbach, § 279, 1 B; § 529, 5 B.

forderung also eine materielle Aufrechnungsvoraussetzung, so wäre eine nach §§ 279, 529 ZPO nicht zugelassene Aufrechnung materiellrechtlich stets wirkungslos und hätte den Untergang der Forderung des Beklagten nicht zur Folge.

Für die von Henckel durchgeführte Untersuchung bieten sich das Gemeine Recht, die Praxis des Gemeinen Rechts, das ALR, das französische, das italienische Recht und das ABGB zum Vergleich an.

a) Hiervon kommen jedoch die gemeinrechtliche Lehre, das französische und das italienische Recht schon aus dem Grunde nicht in Betracht, weil diesen Rechtsordnungen das entscheidende Vergleichsmerkmal, nämlich der einseitige, rechtsgeschäftliche Aufrechnungsvollzug, unbekannt war[14].

aa) Die gemeinrechtliche Lehre war, wie bereits erwähnt, fast einhellig der Theorie der gerichtlichen Kompensation gefolgt[15]. Zum andern war die Liquidität der Gegenforderung anerkanntermeise keine materielle Aufrechnungsvoraussetzung. Zwar war bei Aufrechnungen mit illiquiden Gegenforderungen eine Verweisung der Kompensationseinrede zur besonderen Verhandlung in einen Separatprozeß möglich; der Beklagte wurde also vorläufig zur Zahlung verurteilt und das gegen ihn ergangene Urteil war vollstreckungsfähig. Wurde aber im Separatprozeß das Bestehen seiner Gegenforderung festgestellt, so war der Kläger verpflichtet, dem Beklagten alles zu erstatten, was er infolge der Nichtberücksichtigung der Aufrechnung in dem vorangegangenen Verfahren erlangt hatte. Die Möglichkeit, die Kompensationseinrede zu einem besonderen Verfahren zu verweisen, war also rein prozessualer Natur und hatte für den Beklagten den Verlust seines materiellen Aufrechnungsrechts nicht zur Folge[16].

bb) Das italienische und das französische Recht dagegen haben sich für die ipso-iure-Theorie entschieden, allerdings

---

14) Henckel, S. 177.

15) Vgl. S. 1 ff.

16) Dernburg, Compensation, S. 567 ff; Pandekten, § 64; Kohler, ZZP 20, 50 f; Petersen, ZZP 19, 111; Seuffert Lotnar, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, München, 1879, zu § 136 f; Windscheid-Kipp, § 350, 5; RGZ 15, 376; BayObLG in SA 47, 192.

unter Beschränkung auf Aufrechnungen mit liquiden Gegenforderungen [17], während bei illiquiden Gegenforderungen die Möglichkeit besteht, die Gegenforderung gerichtlich liquide stellen zu lassen [18]. Die Liquidität ist also materielles Aufrechnungserfordernis, doch beruht dies ausschließlich auf der Besonderheit der von Rechts wegen eintretenden Forderungsaufhebung.

b) Das Allgemeine Landrecht war dagegen, zumindest nach der in Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden Meinung, vom einseitigen Aufrechnungsvollzug durch Willenserklärung ausgegangen (ALR I, 16, § 300 f) [19].

aa) Während ALR I, 16, § 300 f keinen Hinweis auf die Liquidität der Forderungen als Voraussetzung für den Eintritt der Aufrechnungswirkung enthielt, bestimmte ALR I, 16, § 359, daß mit einer illiquiden Forderung gegen eine liquide Forderung nur aufgerechnet werden könne, falls die illiquide Forderung nach den Vorschriften der Prozeßordnung sofort liquide gemacht werden könne.

Der Wortlaut dieser Vorschrift und ihre Stellung im materiellen Recht deuteten also darauf hin, daß hiernach die Liquidität als materielles Aufrechnungserfordernis anzusehen war.

bb) Dennoch wurde ALR I, 16, § 359 von der Rechtsprechung und der in der Rechtslehre herrschenden Meinung als lediglich prozessuale Vorschrift betrachtet und zwar deshalb, weil nach ALR I, 16 § 361 auch bei einer erst im Laufe des Prozesses erfolgten Liquidierung die Forderungstilgung auf den Zeitpunkt des erstmaligen Gegenübertretens der Forderungen zurückwirkte [20].

---

17) Art. 1242 f codice civile; Art. 1290 f code civil; vgl. S. 5

18) Art. 1243 Abs. 2 codice civile (compensazione giudiziale); für das französische Recht, wo eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlte, vgl. Zachariä-Crome, S. 365, 5 (compensation iudiciaire).

19) Vgl. S. 4

20) RGZ 12, 254; Dernburg, Lehrbuch, S. 257; Compensation, S. 576; Förster-Eccius, S. 602, Anm. 66; Koch C.F., Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 8. Aufl., 2. Bd., Berlin Leipzig, 1886, §§ 359 ff, 53; Kohler, ZZP 20, 51; Redlich,

Im übrigen wendete man, da die AGO keinen Hinweis darauf enthielt, wie eine illiqudie Forderung zu liquidieren sei, die die Widerklage betreffenden Bestimmungen der AGO entsprechend an [21]. Nach AGO I, 19, §§ 1, 5 war aber, wenn die illiquide Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäft stammte wie die Klageforderung, über beide Forderungen gleichzeitig zu verhandeln und in einem Urteil zu entscheiden, auch wenn die eine Forderung früher entscheidungsreif wurde als die andere. Über die Klageforderung wurde also erst entschieden, wenn auch die Gegenforderung spruchreif war; der Aufrechnungseinwand wurde also stets im Urteil berücksichtigt.

Stammte die illiquide Gegenforderung dagegen nicht aus demselben Rechtsgeschäft, so wurde sie nach AGO I, 19, § 9 zu einem besonderen Prozeß verwiesen, falls sie nicht spätestens zusammen mit der Klageforderung spruchreif wurde [22]. Der Beklagte wurde also zur Zahlung verurteilt; wurde aber im Separatverfahren das Bestandenhaben der Gegenforderung zur Zeit der Aufrechnungserklärung festgestellt, so war der Kläger verpflichtet, dem Beklagten alles zurückzuerstatten, was er auf Grund des erstrittenen Urteils vom Beklagten erlangt hatte [23].

cc) Die Verweisung zum Separatprozeß hatte also, genau wie im Gemeinen Recht, für den Beklagten den Verlust seines Aufrechnungsrechts nicht zur Folge, weil der Kläger bei erwiesener Gegenforderung nicht lediglich seinerseits zur Zahlung an den Beklagten verurteilt wurde, sondern weil das ohne Rücksicht auf die Aufrechnungseinrede ergangene Zahlungsurteil zwar nicht formell aufgehoben, sachlich aber gegenstandslos wurde.

dd) Das in ALR I, 16, § 359 normierte Erfordernis der Liquidität war demnach rein prozessualer Natur, sodaß diese Vorschrift insoweit zur Ausfüllung einer im BGB etwa vorhandenen Gesetzeslücke nicht verwertbar ist.

ZZP 25, 369; Rehbein-Reincke, § 359, 158; Schollmeyer, Compensationseinrede, S. 37 f; a.M. Rönne, S. 280.

21) RG GruchBeitr. 25, 1007; Förster-Eccius, S. 602.

22) Dernburg, Lehrbuch, S. 257; Förster-Eccius, S. 602, Anm. 65.

23) Dernburg, Lehrbuch, S. 257; Compensation, S. 576; Kohler, ZZP 20, 50; Petersen, ZZP 19, 111.

c) Die gemeinrechtliche Praxis erkannte zwar im Gegensatz zu der in der Theorie vorherrschenden Meinung eine Aufrechnung durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung an [24], sprach aber in Übereinstimmung mit der Rechtslehre dem Liquiditätserfordernis gleichfalls nur prozessuale Bedeutung zu [25], die Aufrechnung mit illiquiden Gegenforderungen führte also zu einem Separatprozeß, war aber materiellrechtlich nicht wirkungslos.

d) Das österreichische ABGB steht nach dem Wortlaut des § 1438 auf dem Boden der ipso-iure-Theorie, weil nach dieser Bestimmung durch das aufrechnungsfähige Gegenübertreten zweier Forderungen eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten eintritt, die schon für sich die Zahlung bewirkt.

Doch wird § 1438 ABGB von der heute herrschenden Meinung dahin ausgelegt, daß neben der vorhandenen Aufrechnungslage die gerichtliche oder außergerichtliche Aufrechnungserklärung der Partei erforderlich ist, um den Untergang der Forderungen herbeizuführen [26].

aa) Nach § 1439 ABGB findet jedoch zwischen einer richtigen und nichtrichtigen Forderung die Kompensation nicht statt. Zur Richtigkeit der Forderung gehört auch ihre Liquidität [27]. Im Gegensatz zum preußischen Recht ist auch unbestritten, daß es sich hierbei um ein materielles Aufrechnungserfordernis handelt [28]. Die Aufrechnung mit einer illiquiden Gegenforderung ist also wirkungslos.

Auf Grund der ÖAGO von 1781 wurde der Beklagte mit seiner illiquiden Gegenforderung ad separatum verwiesen und ohne Berücksichtigung der Aufrechnung zur Zahlung verurteilt. Im Separatprozeß mußte er seine Gegenforderung mit einer eigenen Klage geltend machen. Erwies sich die Gegenforderung als bestehend, wurde der frühere Kläger zur Zahlung verurteilt.

---

24) Vgl. S. 4.

25) Vgl. RGZ 15, 376.

26) Klang, § 1438, V; Unger GrünhZ 15, 543.

27) Klang, § 1439, I.

28) Klang, § 1439, III; Unger, S. 545.

Das gegen den früheren Beklagten ergangene Zahlungsurteil blieb also bestehen. Der mit seiner illiquiden Gegenforderung ad separatum verwiesene Schuldner hatte sein materielles Aufrechnungsrecht verloren [29].

bb) Mit dem Inkrafttreten der ÖZPO im Jahre 1895 erfolgte jedoch eine grundlegende Änderung.

Die Verweisung der illiquiden Gegenforderung ad separatum wurde beseitigt. Zwar kann nunmehr, wenn nur die Verhandlung über den Klageanspruch zur Entscheidung reif ist, über denselben durch Teilurteil entschieden werden; die Verhandlung über die illiquide Gegenforderung ist jedoch ohne Unterbrechnung fortzusetzen (§ 391 Abs. 3 ÖZPO). Das Urteil über die Klageforderung ist also lediglich ein Vorbehaltsurteil, welches aufgehoben wird, falls sich im Nachverfahren ergibt, daß die Gegenforderung besteht [30].

Die Illiquidität hat also auf die Aufrechenbarkeit der Gegenforderung keinen Einfluß mehr, weil die Gegenforderung im Nachverfahren stets liquide gestellt werden muß und das gegen den Beklagten ergangene Vorbehaltsurteil bei erwiesener Gegenforderung nicht aufrechterhalten wird. Mit Recht weist Klang [31] deshalb darauf hin, daß nach dem derzeitigen Stand der österreichischen Verfahrensgesetze das materielle Erfordernis der Liquidität für die Aufrechnung jede Bedeutung eingebüßt hat.

e) Entgegen der von Henckel [32] vertretenen Auffassung ist also weder im Gemeinen Recht noch im Geltungsbereich des ALR die Liquidität je als materielle Aufrechnungsvoraussetzung angesehen worden. Der Umstand, daß das ABGB als einzige vergleichbare Rechtsordnung den Eintritt der Forderungstilgung im Gegensatz zum BGB an die Liquidität von Forderung und Gegenforderung geknüpft hat, kann aber für sich allein nicht dazu führen, daß Vorliegen einer Gesetzeslücke im BGB

---

29) Klang, § 1439, III; Unger, S. 545, 552, Anm. 32.
30) Neumann Georg, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen vom 1. 8. 1895, 3. Aufl., 2. Bd., Wien 1915, § 391, 6; Klang, § 1439, III.
31) § 1439 III.
32) S. 177.

zu bejahen. Der deutsche Gesetzgeber hat vielmehr der Liquidität der Forderungen in Übereinstimmung mit der zu den Bestimmungen des Gemeinen Rechts und des ALR vertretenen Auffassungen nur prozessuale Bedeutung beigemessen und es deshalb bewußt unterlassen, die Liquidität als materielles Aufrechnungserfordernis ins BGB aufzunehmen [33].

Da der Unterschied zur Regelung des ALR und zur Praxis des Gemeinen Rechts zudem nicht in der materiellen Ausgestaltung des Aufrechnungsrechts, sondern in der prozessualen Behandlung des Aufrechnungsvorbringens liegt, könnte allenfalls von einer Gesetzeslücke in der ZPO gesprochen werden, die im Gegensatz zur AGO und zum Verfahrensrecht des Gemeinen Rechts eine endgültige Zurückweisung des verspäteten Aufrechnungseinwandes vorsieht. Eine solche Lücke könnte aber nur mit prozessualen Ergänzungsvorschriften, nicht dagegen durch eine Ergänzung des materiellen Rechts ausgefüllt werden.

3. Die Unwirksamkeit des nach §§ 279, 529 ZPO nicht berücksichtigten Aufrechnungsvorbringens ergibt sich auch nicht aus der Natur der Aufrechnung als einer Art Selbsthilferecht [34].

Zwar ist richtig, daß die Aufrechnung nicht nur die Schuld des Aufrechnenden, sondern auch dessen eigene Forderung zum Erlöschen bringt und deshalb auch ein Mittel zur zwangsweisen Durchsetzung der Forderung des Aufrechnenden ist.

Aus der Tatsache, daß die Selbsthilfe niemals weiter gehen darf als der gerichtliche Rechtsschutz, folgert Henckel deshalb, daß die Aufrechnung dann keine materiellen Wirkungen mehr entfalten dürfe, wenn sie im Prozeß nicht mehr zugelassen werde, weil sonst eine mit dem Urteil und damit mit der Autorität des Gerichts in Widerspruch stehende Rechtlage geschaffen werde.

Dies ist aber unrichtig; denn einmal braucht Urteil und materielle Rechtslage nicht wesensnotwendig in Einklang zu stehen, zum andern könnte in der materiellen Wirksamkeit des nach §§ 279, 529 ZPO zurückgewiesenen Aufrechnungsvorbringens

---

33) Motive, S. 105 f.

34) So Henckel, S. 185.

aber auch kein Angriff auf die gerichtliche Autorität und ein mit dem Wesen eines Selbsthilferechts unvereinbarer Vorgang gesehen werden, weil der Beklagte das ergangene Urteil mit seinem nicht mehr zugelassenen Aufrechnungseinwand weder im weiteren Verlauf des Erkenntnisverfahrens noch in der Vollstreckungsinstanz bekämpfen und seine Abänderung erzwingen könnte.

4. Es muß deshalb davon ausgegangen werden, daß eine verspätet erklärte und daher nach §§ 279, 529 ZPO nicht mehr zugelassene Prozeßaufrechnung nicht schon deshalb keine zivilrechtlichen Wirkungen hervorbringt, weil sie auch prozessual wirkungslos bleibt.

§ 16. Das nach § 767 Abs. 2 ZPO zurückgewiesene Aufrechnungsvorbringen

I. Die Aufrechnung im Vollstreckungsverfahren

Was für das nach §§ 279, 529 ZPO unzulässige Aufrechnungsvorbringen gilt, gilt auch für eine Aufrechnung, auf welche nach § 767 Abs. 2 ZPO die Vollstreckungsgegenklage nicht mehr gestützt werden kann. Für die Annahme, daß diese Bestimmung des Prozeßrechts einen Ausschluß der materiellen Aufrechnungsbefugnis enthalten könnte, fehlt jeder Anhaltspunkt. Ist dem Beklagten aber die Aufrechnung gestattet, so führt sie den Untergang der beiderseitigen Forderungen grundsätzlich auch dann herbei, wenn sie im Verfahren nach § 767 ZPO unberücksichtigt bleibt.

1. Hierbei ist allerdings bestritten, ob § 767 Abs. 2 ZPO auf eine erst nach Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung des Vorprozesses erklärte Aufrechnung überhaupt anwendbar ist.

a) § 767 Abs. 2 ZPO stellt auf den Zeitpunkt ab, in dem die Gründe entstanden sind, auf denen der materiellrechtliche Einwand beruht.

Der den Aufrechnungseinwand tragende Grund ist aber das Erlöschen der beiden Forderungen. Da nach materiellem Recht die Forderungsaufhebung erst mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung eintritt, liegt es nahe, bei der Aufrechnung allein darauf abzustellen, ob der Beklagte das Gestaltungsgeschäft vor oder nach Abschluß der letzten Tatsachenverhandlung im Vorprozeß vollzogen hat und die erst nachträglich vollzogene Aufrechnung im Verfahren

nach § 767 Abs. 2 ZPO immer zu berücksichtigen.

Diese Ansicht wird denn auch von der in der Literatur vorherrschenden Meinung vertreten [1].

b) Demgegenüber hat die Rechtsprechung und ihr folgend ein größerer Teil der Rechtslehre von Anfang an das Bestehen der Aufrechnungsmöglichkeit als maßgeblich angesehen und lediglich darauf abgestellt, ob der Beklagte vor Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung des Vorprozesses objektiv in der Lage war, die Aufrechnung zu erklären [2].

c) Nach einer vermittelnden Ansicht ist schließlich zwar grundsätzlich gleichfalls das Bestehen der Aufrechnungslage entscheidend; doch soll dies nur dann gelten, wenn dem Beklagten die Aufrechnungsmöglichkeit bekannt war. War ihm sein Aufrechnungsrecht zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung des Vorprozesses unbekannt, kann er mit seiner nachträglichen

---

1) Eck-Leonhard, S. 378; Endemann, § 147, 1a, Anm. 3; Förtsch, GruchBeitr. 42, 229; Kohler, ZZP 24, 22 (für die rechtsgeschäftliche Aufrechnung, a. M. in ZZP 20, 17 f); Lent, DR 42, 868 ff; Leonhard, Aufrechnung, S. 156 f; Nikisch, Festschrift, S. 787 (a. M. in Lehrbuch, § 107 I 2); Planck, § 389, 4; Planck-Siber, § 389, 4; Rehbein, §§ 387 ff, 24; Rosenberg, Lehrbuch, § 150 III 2; § 183 III 2a; Schönke-Baur, § 42 III 1b; Schollmeyer, BGB, § 389, 2; Schuler, NJW 56, 1497 ff: Siber, Compensation, S. 115; Weigelin, S. 129; Weismann, ZZP 26, 24; Wieczorek, § 767 D III b 1.

2) RG JW 1902, 531; JW 1904, 96; JW 1906, 82; JW 1913, 103; JW 1917, 45; RGZ 64, 230; 100, 98; 144, 220; vgl. auch RG in ZZP 59, 226; OLG Breslau, JW 30, 564; OLG Naumburg, JW 36, 1863; BGHZ 24, 98; 34, 274; BGH JZ 57, 509; BAG in NJW 56, 1007; Baumbach-Lauterbach, § 767, 4 B; BGB-RGRK, § 389, 3; Blomeyer, Zivilprozeß, § 90 II 2; Hellwig Konrad, Anspruch und Klagrecht, Jena, 1910, S. 407; Henckel, S. 172 ff; Kohler, ZZP 20, 17 f; Neuner, S. 132; Nikisch, Lehrbuch, § 107 I 2; Oertmann, S. 109 ff; Petersen-Anger, § 767, 6; Seuffert, § 767, 3b; Seuffert-Walsmann, § 767, 3b; Soergel-Siebert, § 389, 5; Gaupp-Stein, § 767 II; Struckmann-Koch, § 767, 4.

Aufrechnung den Anspruch des Klägers noch wirksam bekämpfen [3].

2. Die auf die Kenntnis des Schuldners von der Aufrechnungslage abstellende Meinung ist abzulehnen.

a) § 767 Abs. 2 ZPO will den Gläubiger vor nachträglichen Einwendungen schützen und ihm eine möglichst reibungslose und ungehinderte Zwangsvollstreckung aus dem erstrittenen Titel gewährleisten. Hat der Vorprozeß ein Stadium erreicht, in welchem dem eingeklagten Anspruch weiteres tatsächliches Verteidigungsvorbringen nicht mehr entgegengesetzt werden kann, so soll aus Gründen der Rechtssicherheit auch die Vollstreckung wegen dieses Anspruchs nicht mehr durch Einwendungen in Frage gestellt werden können, die schon während des Vorprozesses entstanden waren und dort hätten vorgetragen werden können. Maßgebend für die Beurteilung, ob der Beklagte eine Einwendung bereits im Vorprozeß geltend machen konnte, kann deshalb nur die objektive Rechtslage sein [4]. Auch der Gesetzeswortlaut läßt im Gegensatz zu §§ 279, 529 ZPO, wonach eine nachträgliche Zulassung bei unverschuldeter Verspätung möglich ist, subjektive Erwägungen außer Betracht.

b) Mit der in der Literatur vorherrschenden Meinung muß jedoch davon ausgegangen werden, daß der Aufrechnungseinwand erst mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung und nicht schon mit dem Eintritt der Aufrechnungslage entsteht.

Allerdings ist richtig, daß zu den Gründen, auf denen die Einwendung der Aufrechnung beruht, auch die Aufrechnungslage gehört; denn der Beklagte, der sich auf Aufrechnung beruft, macht nicht einfach das Erlöschen der Klageforderung, sondern deren rückwirkenden Untergang geltend (§ 389 BGB). Die Rückwirkung beruht aber gerade auf der Aufrechnungslage, weil der Beklagte von diesem Zeitpunkt an wirtschaftlich nicht mehr als Schuldner angesehen werden kann [5].

---

3) Pagenstecher, JW 34, 1969 ff; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 767 II 2c; OLG Dresden, OLGE 16, 292; OLG Stuttgart in NJW 55, 1562 (für die Anfechtung); vgl. auch OLG Darmstadt, OLGE 16, 293.

4) BGHZ 34, 274; Lent, S. 870; Schuler, S. 1497.

5) Palandt, § 389, 1 .

Die Aufrechnungslage schafft aber für sich allein keine Einwendung, auf welche die Vollstreckungsgegenklage gestützt werden könnte; denn sie führt die Tilgung der beiden Forderungen noch nicht herbei. Klage- und Gegenforderung erlöschen erst, wenn die Aufrechnung erklärt wird. Die Aufrechnungserklärung bewirkt also die Entstehung der Einwendung. Erklärt der Beklagte die Aufrechnung demnach erst im Verfahren nach § 767 ZPO, so muß die hierauf gegründete Einwendung stets zulässig sein.

Die demgegenüber vertretene Auffassung, wonach die Entstehung des Aufrechnungseinwandes mit der Entstehung der Aufrechnungslage zusammenfällt, widerspricht daher eindeutig dem Wortlaut des § 388 BGB. Das Reichsgericht hat denn auch stets nur ausgeführt, daß § 767 Abs. 2 ZPO dahin auszulegen sei, daß der Beklagte alle Einwendungen, die er bereits im Vorprozeß vorbringen konnte, dort auch vorbringen mußte [6]. Ein derartiger Eingriff des Prozeßrechts in das materielle Recht ist jedoch ausgeschlossen. Nach bürgerlichem Recht ist der Schuldner nämlich bei der Abgabe seiner Aufrechnungserklärung an keine Frist gebunden. Diese Regelung des materiellen Rechts kann durch eine rein prozessuale Vorschrift nicht abgeändert werden [7].

II. Die Zulassung der Aufrechnung

Eine dem Wortlaut des Gesetzes und der Regelung der §§ 387 ff BGB entsprechende Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO gelangt demnach dazu, daß der Aufrechnungseinwand erst als mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung entstanden angesehen werden muß.

1. Diese Auslegung führt insoweit zu befriedigenden Ergebnissen, als die vom Schuldner in der Vollstreckungsinstanz erklärte wirksame Aufrechnung im Urteil nach § 767 Abs. 2 ZPO berücksichtigt und eine Vollstreckung aus einem materiell unrichtig gewordenen Urteil vermieden wird. Es entfällt ferner die ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung zwischen der Aufrechnung des Beklagten und der des Klägers;

---

6) RGZ 64, 230 f.

7) Lent, S. 871; Schuler, S. 1500.

denn während die Gegenmeinung dem Beklagten die Geltendmachung einer Aufrechnung mit der Vollstreckungsgegenklage verwehrt, wenn die Aufrechnungslage schon im Vorprozeß vorhanden war, gestattet sie dem Beklagten unter der gleichen Voraussetzung, die Vollstreckungsgegenklage auf eine vom Gläubiger nach Beendigung des Vorprozesses erklärte Aufrechnung zu stützen [8].

2. Andererseits ist aber zu bedenken, daß eine Zulassung nachträglicher Aufrechnungserklärungen dem Gesetzeszweck des § 767 Abs. 2 ZPO offenbar widerspricht.

§ 767 Abs. 2 ZPO soll verhindern, daß der Schuldner die Zwangsvollstreckung verzögert, obwohl der Gläubiger schon einen durch Urteil festgestellten Anspruch hat [9]. Die in der Rechtslehre herrschende Meinung, nach welcher die im Verfahren nach § 767 ZPO erklärte Aufrechnung niemals verspätet sein kann, müßte aber einen Aufrechnungseinwand selbst dann zulassen, wenn der Beklagte die Aufrechnung im Vorprozeß nur deshalb unterlassen hat, weil er sie nicht erklären wollte [10].

3. Für die in der Rechtsprechung vertretene Meinung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 767 Abs. 2 ZPO.

a) § 686 ZPO i. d. F. von 1877 stimmte nämlich im Wortlaut mit § 767 Abs. 2 ZPO völlig überein.

Da die ZPO von 1877 aber von der Theorie der gerichtlichen Kompensation ausgegangen war, konnte der den Aufrechnungseinwand tragende Grund nur die Aufrechnungslage sein, weil die Partei selbst den Forderungsuntergang nicht herbeiführen konnte.

Hinsichtlich der Behandlung des Aufrechnungseinwandes konnte diese Vorschrift allerdings keinerlei Schwierigkeiten bereiten. Zwar wurde der Aufrechnungseinwand nach § 686 ZPO nicht mehr zugelassen, falls die Aufrechnungslage schon im Vorprozeß bestanden hatte. Ein sonstiger Nachteil erwuchs dem Beklagten dadurch aber nicht; denn weil das Gericht in solchen Fällen die Aufrechnung nicht vollzog, blieb ihm seine Gegenforderung erhalten.

b) Obwohl die ZPO durch die Novelle von 1898 dem neuen

---

8) RG JW 1902, 531; Oertmann, S. 112; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 767 II 2c, Anm. 48; Wieczorek, § 767 D III b 1.

9) RGZ 64, 230 f.

10) Henckel, S. 170; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 767 II 2c.

bürgerlichen Recht angepaßt wurde, war eine Änderung des § 686 zweifelsohne nicht beabsichtigt; denn die Vorschrift wurde als § 767 Abs. 2 unverändert wieder übernommen, obgleich sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Aufrechnung bereits vor dem Inkrafttraten des BGB für die Erklärungstheorie entschieden und dennoch stets den Zeitpunkt der Aufrechnungslage als maßgebend bezeichnet hatte [11].

c) Auch in sonstigen vergleichbaren Bestimmungen hat der Gesetzgeber auf den Eintritt der Aufrechnungslage, nicht auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung abgestellt (§ 390 Satz 2 BGB; § 55 KO; vgl. auch § 199 f BGB).

d) Auch der Umstand, daß der Gesetzgeber dem Aufrechnenden auf Grund der Tragweite der Erklärung eine gewisse Überlegungs- und Entschließungszeit eingeräumt und die Abgabe der Erklärung deshalb nicht an eine Frist gebunden hat [12], würde den Gesetzgeber nicht daran hindern, dem Beklagten nach § 767 Abs. 2 ZPO Einwendungen abzuschneiden, deren Entstehung der Beklagte durch Aufrechnungserklärung im Vorprozeß jederzeit hätte herbeiführen können; denn der Beklagte, der den Klageanspruch mit der Aufrechnung bekämpfen, andererseits seine Gegenforderung aber nicht sofort durch Aufrechnung einbüßen will, wird durch die Möglichkeit der Eventualaufrechnung hinlänglich geschützt.

4. Weder die in der Rechtslehre herrschende, noch die von der Rechtsprechung vertretene Meinung können jedoch befriedigen.

a) Eine Theorie, die ohne Rücksicht auf den Eintritt der Aufrechnungslage lediglich auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung abstellt und deshalb die Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz immer zuläßt, steht zwar in Einklang mit der Regelung des § 388 f BGB, widerspricht aber dem Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO, der einer Prozeßverschleppung durch den Schuldner entgegenwirken soll.

b) Die von der Rechtsprechung vertretene Auffassung wird dagegen zwar der Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO gerecht, ist

---

11) RG JW 94, 120 und 427.

12) Lent, S. 870.

aber mit der Tatsache unvereinbar, daß erst die Aufrechnungserklärung die gegenseitige Forderungsaufhebung herbeiführt. Da eine nach § 767 Abs. 2 ZPO zurückgewiesene Aufrechnung ferner materiellrechtlich nicht wirkungslos ist, benachteiligt sie den Schuldner in unangemessener Weise, weil dieser seine Gegenforderung verliert, obwohl der Eintritt der Aufrechnungswirkung im Urteil unbeachtet bleibt. Daß dies aber nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, ist anerkannt. Eine sachgerechte Lösung dieses Problems ist jedoch bei Inkrafttreten der Novelle von 1898 übersehen worden.

§ 17. Die Wirkungslosigkeit der verspäteten Aufrechnungserklärung

I. Einbeziehung in die Eventualaufrechnung

1. Um in den Fällen der §§ 279, 529, 304 und 767 ZPO einen sachgemäßen Ausgleich zu finden, der sowohl die Interessen der Öffentlichkeit und des Gläubigers an einem möglichst reibungslosen Ablauf des Verfahrens als auch die Belange des Beklagten berücksichtigt, braucht aber nicht auf die prozessuale Theorie und auf die Mischtheorien zurückgegriffen zu werden.

2. Das im Hinblick auf diese prozessualen Vorschriften allein sinnvolle Ergebnis, nämlich eine Zurückweisung des Aufrechnungseinwandes, falls der Beklagte in der Lage war, die Aufrechnung rechtzeitig zu erklären und geltend zu machen, wobei diese Zurückweisung aber lediglich die Nichtberücksichtigung der Aufrechnung im Urteil, nicht dagegen auch den Untergang von Forderung und Gegenforderung zur Folge hat, kann nämlich auch mit der zivilistischen Theorie erzielt werden.

3. Der Beklagte kann den Eintritt der materiellrechtlichen Wirkungen einer nach §§ 279, 529, 304 und 767 ZPO nicht mehr zugelassenen Aufrechnung ausschließen, indem er nur eventuell aufrechnet. Diese Einschränkung des Eintritts der Forderungsaufhebung ist im Zweifel immer in der Eventualaufrechnung enthalten. Der Beklagte rechnet nämlich nicht allein deswegen hilfsweise auf um sich seine Gegenforderung für den Fall zu erhalten, daß es einer Aufrechnung zur Erreichung eines klageabweisenden Urteils gar nicht bedarf; die Forderungstilgung soll darüber hinaus selbstverständlich erst recht dann nicht eintreten, wenn

der Aufrechnungseinwand ohne Nachprüfung auf seine Begründetheit schon als prozessual unzulässig zurückgewiesen und aus diesem Grunde im Urteil nicht beachtet wird.

4. Der Beklagte erklärt die Aufrechnung im Zweifel nur für den Fall, daß auf andere Weise das Obsiegen des Klägers nicht verhindert werden kann [1]. Wird die Aufrechnung im Urteil überhaupt nicht verwertet, weil sie wegen Verspätung nicht mehr zugelassen wird, so soll sie auch zivilrechtlich keine Wirkungen entfalten. Jede andere Deutung des Inhalts der Eventualaufrechnung wäre unverständlich und mit dem Willen und mit den Interessen des Beklagten unvereinbar [2].

5. Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Bedingung ergeben sich keine Bedenken, weil die Bedingung an ein innerprozessuales Ereignis anknüpft, über dessen Eintritt oder Nichteintritt zwangsläufig und spätestens im Zeitpunkt der Urteilsfällung entschieden wird, sodaß dadurch keine größere Unsicherheit in das Verfahren hineingetragen wird als bei sonstigem Eventualvorbringen auch. Daß § 388 Satz 2 BGB aber einer in dieser Weise bedingten Prozeßaufrechnung nicht entgegensteht, ist bereits im Zusammenhang mit der Aufrechnung unter der Bedingung, daß das Gericht die Klageforderung für bestehend erachtet, erörtert worden [3].

6. Die Einbeziehung einer möglichen Zurückweisung des Aufrechnungsvorbringens nach §§ 279, 529, 304, 767 ZPO in die Eventualaufrechnung hat allerdings zur Folge, daß insoweit eine verschiedenartige Behandlung von außer- und innerprozessualer Aufrechnung Platz greift, weil der Beklagte eine außerprozessuale Aufrechnung nicht unter der Bedingung erklären kann, daß der auf diese Aufrechnung gestützte Einwand in einem späteren Prozeß vom Gericht auch berücksichtigt werde [4].

Eine vorprozessuale Aufrechnung führt also den Untergang

---

1) Vgl. S. 65.

2) Ebenso Baumgärtel, S. 164 f; Blomeyer, Zivilprozeß. § 60 II, 4; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 145 VI 2c.

3) Vgl. S. 53 ff, 64 ff.

4) Vgl. Baumgärtel, S. 164.

der beiderseitigen Forderungen auch dann herbei, wenn die Berufung auf diese Aufrechnung im Prozeß als verspätet zurückgewiesen wird. Dies entspricht aber auch dem Willen des Gesetzgebers; denn wie aus der Zulassung der Eventualaufrechnung in den Motiven zum BGB hervorgeht, hat der Gesetzgeber der Prozeßaufrechnung zwar keine andere Rechtsnatur beigemessen als der außerprozessualen Aufrechnung, wollte den erst in der mündlichen Verhandlung aufrechnenden Beklagten jedoch angesichts der besonderen prozessualen Situation offensichtlich nicht den gleichen Beschränkungen unterwerfen wie bei einer außerprozessualen Aufrechnung [5].

II. Bereicherungsrechtliche Lösung

Wer eine Aufrechnung unter der Bedingung, daß der Aufrechnungseinwand vom Gericht im Urteil auch berücksichtigt wird, ablehnt, der materiellrechtlichen Erklärung aber trotz Nichtbeachtung des darauf gestützten Vorbringens alle zivilrechtlichen Wirkungen beilegt, ist dagegen gezwungen, den Beklagten auf Bereicherungsansprüche gegen den Kläger zu verweisen, falls dieser aus dem erlangten unrichtigen Titel die Zwangsvollstreckung betreibt [6].

1. Oertmann [7] und Nikisch [8] geben dem Beklagten einen Anspruch auf Rückgewähr des auf Grund der Zwangsvollstreckung Geleisteten, weil die ausgeurteilte Forderung bereits durch Aufrechnung erloschen und die Leistung des Vollstreckungsschuldners somit ohne Rechtsgrund erfolgt sei.

Eine Leistung auf Grund eines - wenn auch unrichtigen - rechtskräftigen Urteils kann aber niemals zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers führen. Mit Eintritt der Rechtskraft steht nämlich im Verhältnis der Parteien zueinander die Zahlungsverpflichtung des Schuldners bindend fest, sodaß das Urteil einen selbständigen Rechtsgrund im Sinne der §§ 812 ff BGB bildet [9].

2. Nach einer anderen Meinung hat der Beklagte dagegen

---

5) Vgl. S. 67, Anm. 8; ebenso Blomeyer, Zivilprozeß, § 60 II, 5.
6) Vgl. die auf S. 76, Anm. 4 Genannten und insbesondere Habscheid, ZZP 76, 371 ff.
7) S. 111.
8) Festschrift, S. 788.
9) RGZ 69, 279; BGB-RGRK, § 812, 122.

einen Anspruch auf Rückgewähr seiner erstmaligen Leistung, kann also die Aufrechnungserklärung kondizieren. Da dies den Wegfall der Aufrechnungswirkung und damit das Wiederaufleben der Gegenforderung zur Folge hätte, bestünde danach neben der umstrittenen Befugnis, den Eintritt der Forderungstilgung durch hilfsweise Aufrechnung auszuschließen, auch die Möglichkeit, den als unbillig empfundenen Rechtsverlust des Beklagten wenigstens nachträglich wieder rückgängig zu machen.

3. Dieser Bereicherungsanspruch kann aber nicht schon damit begründet werden, daß durch die Nichtzulassung oder Zurückweisung des Aufrechnungseinwandes bezw. durch die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners der Zweck der Aufrechnung, nämlich die Tilgung der Schuld, in Wegfall gekommen sei (§ 812 Abs. 1, Satz 2, erste Alternative) [10].

Rechtlicher Grund der Aufrechnung war nämlich die Tilgung der Hauptforderung zum Zwecke der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit. Dieser Zweck ist erreicht worden, weil die Forderung des Gläubigers im Zeitpunkt der Aufrechnung bestand und durch die Aufrechnungserklärung, falls man eine unbedingte Aufrechnung annimmt, auch erloschen ist. An diesem Erfolg hat weder die Zurückweisung des Aufrechnungsvorbringens noch der Erlaß eines der Klage stattgebenden Urteils etwas geändert. Das Bestehen der Verbindlichkeit des Schuldners ist vielmehr durch das Urteil ausdrücklich bestätigt worden [11] und ebenso ist die Tilgungswirkung der Aufrechnung weder durch die Zurückweisung des Aufrechnungseinwandes noch durch das Urteil in Zweifel gezogen oder gar beseitigt worden. Das Gericht hat die Tilgungswirkung im Urteil nämlich nicht verneint, sondern hat sie lediglich aus prozessualen Gründen nicht beachtet.

4. Ein Bereicherungsanspruch ist daher nur denkbar, wenn man mit Habscheid [12] davon ausgeht, daß Zweck der Prozeßaufrechnung nicht nur die Tilgung einer Verbindlichkeit ist, sondern daß sie auch dazu dient, die dem Beklagten drohende

---

10) So Rosenberg, ZZP 59, 229 f und BGB-RGRK, § 812, 122.
11) Habscheid, S. 375.
12) S. 376 ff.

Verurteilung abzuwenden.

Einen dahingehenden Willen des Beklagten wird man bei jeder Prozeßaufrechnung unterstellen können. Liegt der Zweck der Prozeßaufrechnung aber unzweifelhaft auch darin, ein Obsiegen des Klägers zu verhindern, wäre in allen Fällen der Nichtzulassung und Zurückweisung des Aufrechnungsvorbringens der mit der Aufrechnungserklärung bezweckte Erfolg nicht eingetreten, weil der Einwand der Forderungstilgung im Urteil unberücksichtigt bliebe. Es kommt daher eine Lösung über § 812 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz BGB in Betracht.

3. Mit Recht betont Habscheid [13], daß hiergegen nicht schon eingewendet werden kann, die Aufrechnung stelle überhaupt keine Leistung im Sinne des § 812 BGB dar, weil durch sie das Vermögen des Gläubigers nicht vermehrt werde, dieser vielmehr sogar seine Forderung verliere. Der Gläubiger wird nämlich durch den Untergang der Gegenforderung jedenfalls von seiner Verbindlichkeit befreit. Die Befreiung von einer Verbindlichkeit ist aber unbestritten eine Leistung im Sinne des § 812 BGB [14].

Zwar steht dem Vermögenszuwachs dieser Leistung ein durch die gleichzeitige Tilgung der Klageforderung bewirkter gleichhoher Vermögensverlust gegenüber. Der Umstand, daß sich Leistung und Gegenleistung decken, kann aber höchstens die Annahme rechtfertigen, daß der Kläger im rechnerischen Endergebnis nichts erlangt hat, nicht dagegen, daß die einzelne Leistung für sich keinen Vermögenswert besessen hätte.

6. Ferner wird die Ansicht vertreten, daß die Erreichung eines besonderen Zweckes nur dann Rechtsgrund einer Leistung sei, die den besonderen Zweck verfehlende Leistung also nur dann ohne Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz erfolge, wenn ein sonstiger - schuldrechtlicher - Rechtsgrund nicht vorhanden sei. Liege dagegen für eine Leistung von Anfang an ein schuldrechtlicher Rechtsgrund vor, so sei eine daraufhin erfolgte Leistung selbst dann nicht rechtsgrundlos, wenn ein mit ihr außerdem verfolgter

---

13) S. 376 f.

14) Palandt, § 812, 2.

besonderer Zweck nicht erreicht werde [15].

Nach herrschender Meinung kann Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1, Satz 2, letzte Alternative dagegen auch ein rechtlicher oder tatsächlicher Zweck sein, welcher zu einer schon vorhandenen schuldrechtlichen Rechtsgrundlage hinzutritt [16]. Der besondere Zweck braucht also nicht die alleinige Rechtsgrundlage einer Leistung zu sein. Der von Anfang an gegebene Rechtsgrund der Prozeßaufrechnung, nämlich die Erfüllung der Hauptforderung, stünde also der Kondiktion der Aufrechnungserklärung wegen Zweckverfehlung nicht entgegen, falls der Aufrechnungseinwand im Urteil unbeachtet bliebe.

7. Ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1, Satz 2, letzte Alternative ist jedoch nur gegeben, wenn der mit einer Leistung bezweckte besondere Erfolg Inhalt des Rechtsgeschäfts geworden ist.

Dies ist aber nach allgemeiner Meinung nur dann der Fall, wenn sich die Parteien über die Zwecksetzung des Leistungsgeschäfts einig sind, der besondere Erfolg also zwischen ihnen vereinbart und wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts geworden ist [17]. Lediglich einseitige Voraussetzungen genügen also selbst dann nicht, wenn sie dem andern Teil erkennbar waren.

An der vertraglichen Festlegung des über die Forderungstilgung hinausgehenden besonderen Aufrechnungszweckes wird es demnach schon deshalb in aller Regel fehlen, weil die Aufrechnung einseitige Gestaltungserklärung ist. Habscheid ist daher der Auffassung, daß die von der Lehre und Rechtsprechung zu § 812 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz entwickelten Grundsätze auf einseitige Leistungsgeschäfte unanwendbar seien und läßt bei einseitigen Rechtsgeschäften die einseitige Zweck-

---

15) So Esser, § 189, 2, 4; Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 5. Aufl., 2. Bd., Besonderer Teil, München-Berlin, 1962, § 63 II.

16) Enneccerus-Lehmann, § 224 I, 1; Erman, § 812, 5 A d; Habscheid, S. 377; Palandt, § 812, 6 A d; RGZ 56, 320.

17) Enneccerus-Lehmann, § 224 I, 2; Erman, § 812, 5 A d; Palandt, § 812, 6 A d.

setzung genügen um den besonderen Erfolg zum Inhalt des Rechtsgeschäfts zu machen [18].

Gegen diese Folgerung ergeben sich aber erhebliche Bedenken. Der Anspruch nach § 812 Abs. 1, Satz 2 letzter Halbsatz BGB wird dem Leistenden nicht einfach deshalb gewährt, weil ein besonderer Leistungszweck nicht erreicht worden ist, sondern weil ein von beiden Parteien übereinstimmend gewollter Erfolg nicht eingetreten ist. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß der Vertragsgegner den besonderen Zweck kennt, ihn billigt oder vielleicht sogar selber anstrebt und daß es ihm deshalb zugemutet werden kann, die Leistung im Falle der Zweckverfehlung wieder herauszugeben.

Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist dem andern Teil dagegen der über die Erfüllung einer Verbindlichkeit hinausgehende Leistungszweck unbekannt. Es würde also zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen, wenn es dem Leistenden hier gestattet sein sollte, den Eintritt des Leistungserfolges an besondere Voraussetzungen zu knüpfen, deren Festlegung in seinem freien Belieben stünde und auf die der andere Teil keinerlei Einfluß nehmen könnte.

Eine Aufrechnung, die bei Nichteintritt der vom Schuldner einseitig bestimmbaren Voraussetzung, daß die Erklärung auch der Herbeiführung eines klageabweisenden Urteils dienen müsse, zurückverlangt werden kann, unterscheidet sich letztlich in keiner Hinsicht von einer Aufrechnung unter der auflösenden Bedingung, daß die Tilgungswirkung im Falle der Nichtberücksichtigung des Aufrechnungseinwandes wieder entfallen solle. Wer also wie Habscheid [19] eine Eventualaufrechnung unter der aufschiebenden Bedingung der Verwertung des Aufrechnungseinwandes im Urteil als mit § 388 Satz 2 BGB unvereinbar ablehnt, kann dem Aufrechnenden nicht über § 812 Abs. 2, Satz 2 BGB Befugnisse einräumen, die im rechtlichen und wirtschaftlichen Endergebnis auf die Zulassung einer bedingten Aufrechnung hinauslaufen.

Wer dagegen eine bedingte Prozeßaufrechnung anerkennt, ist nicht genötigt, den Beklagten auf eine Bereicherungsklage zu verweisen. Die Forderungstilgung tritt nicht ein, wenn die

---

18) S. 377; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 224 I, 2, Anm. 4.
19) S. 374.

aufschiebende Bedingung ausfällt und der Beklagte kann seine Forderung sofort anderweit klageweise geltend machen. Eine Zwecksetzung im Sinne des § 812 Abs. 1, Satz 2 BGB würde dagegen das Erlöschen der Gegenforderung nicht verhindern, sodaß deren alsbaldige Realisierung ausgeschlossen wäre. Der Beklagte wäre vielmehr zunächst gezwungen, die Rechtskraft des Forderungsrechtsstreits abzuwarten, da der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB erst mit Rechtskraft des die Aufrechnung nicht berücksichtigenden Leistungsurteils entstünde [20]. Sollte der frühere Kläger den Rückgewähranspruch bestreiten, wäre die Erhebung einer Bereicherungsklage auf Herausgabe erforderlich und erst nach rechtskräftigem Abschluß dieses Verfahrens wären alle Voraussetzungen für eine klageweise Durchsetzung der aufgerechneten Gegenforderung gegeben. Die Nachteile einer bereicherungsrechtlichen Lösung gegenüber der Möglichkeit einer aufschiebend bedingten Aufrechnung sind also offenkundig.

8. Weitere Schwierigkeiten treten bei der Berechnung der Bereicherung auf, also bei der Feststellung, was der Kläger auf Grund der nichtberücksichtigten Aufrechnungserklärung erlangt hat.

Maßgebend für den Umfang einer Bereicherung ist nach der herrschenden, insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen Saldotheorie allein der Betrag, um den das Vermögen des Bereicherten im Zeitpunkt der Leistung das Vermögen im Zeitpunkt der Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs übersteigt [21].

Bei der Berechnung dieses Überschusses sind alle mit der Leistung in ursächlichem Zusammenhang stehenden Vermögensvorteile und -nachteile zu berücksichtigen, also auch etwaige Gegenleistungen, die der Bereicherte für die empfangene Leistung bewirkt hat [22].

Der Gläubiger ist aber durch die Aufrechnung nicht nur von seiner Verbindlichkeit befreit worden, sondern hat auch eine gleichhohe Forderung gegen den Beklagten verloren und damit im Rechtssinne eine entsprechende Gegenleistung bewirkt. Ein Bereicherungsanspruch besteht also nicht, weil die vom Gläubiger erlangten Vermögensvorteile durch die Vermögensnachteile ausgeglichen werden, ein Bereicherungsüberschuß also nicht vorhanden ist.

---

20) BGB-RGRK § 812, 122; Habscheid, S. 378.

21) Palandt, § 818, 6.

22) Palandt, § 818, 6 c.

Das Ergebnis wäre nicht anders, wenn man dem Forderungsverlust auf seiten des Klägers die Rechtsnatur einer Gegenleistung absprechen wollte, weil dann im Falle der Kondiktion der Aufrechnungserklärung nicht nur die Forderung des Beklagten, sondern zwangsläufig auch diejenige des Gläubigers wieder aufleben würde.

Der einzig gangbare Ausweg wäre lediglich, dem Gläubiger, der trotz erfolgter Aufrechnung die Zwangsvollstreckung aus einem materiell unrichtigen Urteil betrieben hat, die Anrechnung seines Forderungsverlustes mittels des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung zu versagen.

9. Die ganze Zwiespältigkeit einer bereicherungsrechtlichen Lösung zeigt sich aber erst in dem von Habscheid selbst [23] aufgeworfenen Fall einer im Urteil zurückgewiesenen Berufung auf Zahlung.

Der Bereicherungsanspruch des Beklagten ginge hier auf Rückzahlung des zu Unrecht Geleisteten und könnte, da er erst mit Rechtskraft des Zahlungsurteils entstünde, dem ausgeurteilten materiellrechtlichen Anspruch gegenüber aufrechnungsweise sogar im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden [24]. Damit würde aber die in §§ 279, 529, 767 ZPO getroffene Regelung jeden Sinn und Zweck verlieren. Die Bedeutung dieser Bestimmungen liegt darin, dem Kläger ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage einen vollstreckungsfähigen Titel zu verschaffen [25]. Tritt dieses Ergebnis rechtskräftig ein, kann dem Beklagten aber auf Grund dieser Nichtberücksichtigung nicht sofort ein Einwand erwachsen, mit welchem er die Vollstreckung aus dem erzielten Urteil wirksam bekämpfen kann. Mit der Ausgleichsfunktion der §§ 812 ff BGB ist ein solches Ergebnis, entgegen der Meinung Habscheids [26], nicht mehr in Einklang zu bringen. Der Bereicherungsanspruch dient nach dem Willen des Gesetzgebers der Wiederherstellung von Vermögensverhältnissen, die mit der materiellen Gerechtigkeit in Übereinstimmung stehen; er ist aber nicht geschaffen worden, um ordnungsgemäß nach den Vorschriften der Prozeßordnung ergangene rechtskräftige Urteile wieder aus den

---

23) S. 378.
24) So BGB-RGRK, § 812, 122.
25) Habscheid, S. 378.
26) S. 379.

Angeln zu heben.

§ 18. Die übrigen Fälle wirkungsloser Aufrechnungserklärungen

I. Prozeßabweisung und Klagerücknahme

Der Beklagte erklärt die Eventualaufrechnung im Zweifel unter der Bedingung, daß nach dem im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegenden Sach- und Streitstand ein klageabweisendes Sachurteil nur durch den Eintritt der Aufrechnungswirkung erzielt werden kann.

Die Aufrechnungserklärung entfaltet daher stets dann keine materiellrechtliche Wirkung, wenn die Klage schon durch Prozeßurteil abgewiesen oder wenn im Fall der Klagerücknahme nicht sachlich über den geltend gemachten Anspruch entschieden wird (§ 271 ZPO).

II. Klageverzicht und Versäumnisurteil gegen den Kläger

Da die Forderungstilgung nur eintreten soll, wenn dies zur Erreichung eines klageabweisenden Urteils erforderlich ist, kommt der Eventualaufrechnung ferner dann keine zivilrechtliche Wirkung zu, wenn die Klage ohne Rücksicht auf den geltend gemachten Aufrechnungseinwand abgewiesen wird, weil der Kläger auf den Klageanspruch verzichtet (§ 306 ZPO) oder weil er im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint (§ 330 ZPO).

III. Versäumnisurteil gegen den Beklagten

Die Forderungen bleiben schließlich auch dann bestehen, wenn der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist und gegen ihn Versäumnisurteil nach § 331 ZPO ergeht. Da hier der Entscheidung allein das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers zugrunde gelegt wird, kann der Beklagte nämlich ein obsiegendes Urteil auch im Falle des Eintritts der Aufrechnungswirkung nicht erlangen.

IV. Widerruf des Aufrechnungsvorbringens

Dagegen ist der Widerruf der Berufung auf Aufrechnung auf die materielle Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung insoweit von Einfluß, als der Beklagte die Aufrechnung nicht allein unter der Bedingung erklären kann, daß er sein Vorbringen im Prozeß nicht widerrufen werde.

Die Eventualaufrechnung im Prozeß ist entgegen dem Wortlaut des § 388 Satz 2 BGB dann zulässig, wenn die Forderungsaufhebung an ein Ereignis geknüpft wird, welches entweder zur Aufrechnungserklärung selbst oder aber zum Ablauf des Verfahrens in einer inneren Beziehung steht.

Diese Voraussetzungen sind beim Widerruf der geltend gemachten Aufrechnung aber nicht gegeben. Der Eintritt der Forderungsaufhebung wäre in diesem Falle nicht mehr an eine vom Gericht und von den Parteien überschaubare bestimmte Gestaltung der Verfahrenslage gebunden, welche durch nachträgliche und äußere Umstände nicht mehr beeinträchtigt werden könnte, sondern stünde im freien Belieben des Beklagten. Dies soll durch die Bestimmung des § 388 Satz 2 BGB aber gerade vermieden werden.

Eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Beklagten hat diese Einschränkung der Widerrufsmöglichkeit aber nicht zur Folge; denn der Beklagte, der sich auf Aufrechnung berufen, seine Gegenforderung aber nur im äußersten Falle verlieren will, hat stets die Möglichkeit, die Eventualaufrechnung in der bereits genannten zulässigen Bedeutung zu erklären. Da die Aufrechnungserklärung in diesem Fall zivilrechtlich zunächst ohne Wirkung ist, kann das Aufrechnungsvorbringen vom Beklagten im Verlaufe des Rechtsstreits auch ohne weiteres widerrufen werden, was die Nichtbeachtung des Aufrechnungseinwands im Urteil bedeutet. Wird die Aufrechnung aber aus diesem Grunde im Urteil nicht verwertet, so wirkt sie auch materiellrechtlich nicht, weil sie dann nicht zu einem klageabweisenden Urteil führen kann.

Der Beklagte kann demnach also auch nach der zivilistischen Theorie die Aufrechnung als Prozeßhandlung widerrufen, ohne dadurch seine Gegenforderung einzubüßen. Verwehrt ist ihm nur, die Aufrechnungserklärung von vornherein lediglich unter die Bedingung zu stellen, daß sie als Prozeßhandlung nicht widerrufen werde.

V. Öffentlichrechtliche Gegenforderungen

Die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, welche in einem anderen Rechtsweg zu verfolgen ist, ist nach der Rechtsprechung des BGH ohne Rücksicht auf die Liquidität der Gegen-

forderung materiellrechtlich immer wirksam [1].

1. Danach führt die vom Beklagten vor dem ordentlichen Gericht erklärte Aufrechnung mit einer öffentlich-rechtlichen Gegenforderung den Untergang der bürgerlich-rechtlichen Klageforderung herbei.

Ist die Gegenforderung streitig, kann das ordentliche Gericht diese Tilgungswirkung aber nicht im Urteil feststellen, weil es sonst über § 322 Abs. 2 BGB auch rechtskraftfähig über die Gegenforderung entscheiden müßte, also über einen Anspruch, der kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung seiner Gerichtsbarkeit entzogen ist (§ 13 GVG).

Andererseits kann das Gericht den Aufrechnungseinwand auch nicht als in diesem Rechtsweg unzulässig oder unstatthaft zurückweisen [2], weil der Beklagte sonst zur Zahlung verurteilt würde, obwohl Klage- und Gegenforderung durch die Aufrechnung getilgt wurden.

Der BGH nimmt deshalb an, daß der Zivilrichter in derartigen Fällen den Rechtsstreit entgegen dem Wortlaut des § 148 ZPO aussetzen müsse, um dem Beklagten Gelegenheit zu geben, vor dem Verwaltungsgericht das Bestehen oder Bestandenhaben seiner Gegenforderung feststellen zu lassen [3].

2. Der von Henckel [4] vorgebrachte Einwand, daß dieser

---

1) BGHZ 16, 124 ff.

2) So Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 322 VI 4.

3) Ebenso Baumbach-Lauterbach, § 148, 2 A; Künl, NJW 55, 1461; Rosenberg, Learbuch, § 104 II 2; Soergel-Siebert, § 387, 14; a.M. RGZ 77, 411; 80, 372; 155, 245 f; 157, 109 und 120 (das Gericht könne sowohl aussetzen als auch selbst über das Bestehen der öffentlichrechtlichen Gegenforderung entscheiden. Verneine es das Bestehen der Gegenforderung, so könne der Beklagte aber gleichwohl seine Gegenforderung im Verwaltungsrechtswege geltend machen. Mit Recht weist der BGH, aaO, S. 129 ff, darauf hin, daß diese Rechtsprechung des RG weder der Bestimmung des § 322 Abs. 2 ZPO noch der Vorschrift des § 13 GVG gerecht wird.

4) S. 185 f.

Aussetzungszwang mit dem Wortlaut des § 148 ZPO unvereinbar sei, ist wenig überzeugend, weil § 13 GVG, wonach dem ordentlichen Gericht die Entscheidung über öffentlich-rechtliche Ansprüche schlechthin entzogen ist, jede andere Verfahrensmöglichkeit ausschließt.

3. Alle Bedenken gegen die Rechtsprechung des BGH lassen sich jedoch beheben, wenn man der Eventualaufrechnung die auf Seite 65 dargelegte Bedeutung beimißt.

Das ordentliche Gericht ist dann nämlich entsprechend dem Wortlaut des § 148 ZPO nicht zur Aussetzung gezwungen, sondern kann auch ohne Berücksichtigung der zur Aufrechnung gestellten öffentlich-rechtlichen Gegenforderung entscheiden. Die im Urteil nicht verwertete Aufrechnung hat in diesem Fall keine materiellrechtlichen Wirkungen und kann vom Beklagten in einem Zweitprozeß vor dem Verwaltungsgericht eingeklagt werden.

VI. Gegenforderungen mit Schiedsklausel

Entsprechendes gilt für den Fall der Aufrechnung mit einer Gegenforderung, über deren Bestehen nach Vereinbarung der Parteien ein Schiedsgericht entscheiden soll.

1. Das Reichsgericht hat eine solche Aufrechnung als materiellrechtlich unzulässig angesehen, weil dem ordentlichen Gericht auf Grund der Schiedsklausel die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung entzogen sei [5].

Für diese Meinung findet sich aber im Gesetz kein Anhaltspunkt, sodaß grundsätzlich von der Wirksamkeit einer derartigen Aufrechnung auszugehen ist [6].

2. Um die Berücksichtigung dieser rechtsvernichtenden Tatsache im Urteil sicherzustellen, ist die herrschende Meinung jedoch gezwungen, die Entscheidungsbefugnis des Zivilrichters auch auf die vor das Schiedsgericht gehörige Forderung auszudehnen, wie umgekehrt dem Schiedsgericht auch die Befugnis eingeräumt wird, über aufgerechnete Gegenforderungen

---

5) RGZ 123, 348 ff; ferner Wieczorek, § 1025 B I d 1.
6) BGHZ 23, 23; Baumbach-Schwab, S. 57; Oertmann, S. 69 f; Rosenberg, Lehrbuch, § 104 II 2; § 166 II 3b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 1025 V 1.

zu entscheiden, bezüglich derer eine Schiedsvereinbarung nicht getroffen wurde [7].

Damit würde jedoch die Schiedsklausel übergangen werden und jegliche Bedeutung verlieren [8]. Die Schiedsabrede enthält die Vereinbarung, die Frage des Bestehens der Gegenforderung nicht dem ordentlichen Gericht zur Entscheidung zu unterbreiten. Da derartige Vereinbarungen auf Grund der im Zivilprozeß herrschenden Verhandlungsmaxime zulässig sind, kann dem ordentlichen Gericht die Nachprüfung des Bestehens der Gegenforderung daher weder unmittelbar, noch mittelbar auf dem Umweg über die Einrede der Aufrechnung gestattet sein.

3. Die Annahme einer Entscheidungsbefugnis des Zivilrichters über vor das Schiedsgericht gehörige Forderungen ist aber überhaupt nicht erforderlich, wenn man jede Aufrechnung im Zweifel als Eventualaufrechnung unter der Bedingung ansieht, daß die Forderungstilgung nur eintreten soll, falls die Aufrechnung zur Erreichung eines klageabweisenden Urteils verwendet wird. Wird nämlich das Aufrechnungsvorbringen im Hinblick auf die Schiedsklausel vom ordentlichen Gericht zurückgewiesen und im Urteil nicht beachtet, so ist die Bedingung, unter der die Aufrechnung zulässigerweise steht, nicht eingetreten und die erklärte Aufrechnung entfaltet keinerlei materielle Wirkungen. Der auf Grund der Schiedsabrede gebotenen Zurückweisung der Aufrechnung steht also in derartigen Fällen kein Hindernis entgegen, da der Beklagte hierdurch außer der gerechtfertigten Nichtberücksichtigung seines Verteidigungsmittels im ordentlichen Verfahren keine weiteren Nachteile erleidet.

4. Der BGH, der der Aufrechnung mit einer schiedsvertraglich gebundenen Forderung nunmehr gleichfalls alle zivilrechtlichen Wirkungen zuerkennt, die Geltendmachung einer solchen Aufrechnung aber als prozessual wirkungslos ansieht, weil die Schiedsabrede das Verbot enthalte, sich im ordentlichen Verfahren auf die Aufrechnung zu berufen [9], ist dagegen nicht nur gezwungen, der Klage

---

7) Baumbach-Schwab, S. 57; Kohler, ZZP 20, 45; Oertmann, S. 69 f; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 1025 V 1; RGZ 133, 19; vgl. auch BGHZ 23, 23; a.M. Baumbach-Lauterbach, § 1025, 3 C b, die § 148 ZPO anwenden wollen.

8) BGH NJW 63, 243; ebenso Habscheid, ZZP 63, 371, 372 f.

9) BGH NJW 63, 243; dagegen Henckel, JZ 63, 682 ff; in BGHZ 23,

trotz erloschener Klageforderung stattzugeben, sondern versagt dem Beklagten darüberhinaus auch noch die Möglichkeit, seine Gegenforderung wenigstens in einem Zweitprozeß realisieren zu können; denn die Gegenforderung ist durch die materiell wirksame Aufrechnung im Vorprozeß erloschen.

3. Abschnitt : Der zur Prozeßaufrechnung befugte Personenkreis

§ 19. Die Aufrechnungsbefugnis des Prozeßbevollmächtigten

Neben der Aufrechnung durch die Partei selbst, stellt die Aufrechnungserklärung durch den Prozeßbevollmächtigten die häufigste Form des innerprozessualen Aufrechnungsvollzuges dar.

I. Die gesetzliche Regelung

Nach § 81 ZPO ermächtigt die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, die durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, sowie zur Bestellung eines Untervertreters, eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz, zum Abschluß eines Vergleichs, zum Verzicht auf den Streitgegenstand, zur Anerkennung des gegnerischen Anspruchs und zur Empfangsnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten.

II. Der Umfang der Prozeßvollmacht

Für die Anhänger aller rein prozessualen Theorien bereitet § 81 ZPO keine Schwierigkeiten, weil die Prozeßaufrechnung nach diesen Auffassungen Prozeßhandlung ist und deshalb vom Umfang der Prozeßvollmacht ohne weiteres gedeckt wird.

Für die Vertreter der zivilistischen Theorie und der Theorie vom Doppeltatbestand, welche der Prozeßaufrechnung ausschließlich, zumindest aber teilweise, rechtsgeschäftlichen Charakter zusprechen, ergibt sich jedoch die Frage, ob die Prozeßvollmacht entgegen dem Wortlaut des § 81 ZPO auch die Abgabe und Entgegennahme derartiger privatrechtlicher Willenserklärungen umfaßt.

---

23 ist die Frage nicht entschieden worden.

1. Mit dem Hinweis, daß § 81 ZPO die Prozeßvollmacht ausdrücklich auf die Vornahme von Prozeßhandlungen beschränkt habe, wurde denn auch die Berechtigung des Prozeßbevollmächtigten, im Rahmen des § 81 ZPO rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben oder in Empfang zu nehmen, von den Anhängern dieser Theorien ursprünglich überwiegend verneint und die Erteilung einer Sondervollmacht für die Aufrechnung als notwendig erachtet [1].

2. Unter dem Einfluß der Rechtsprechung und einem praktischen Bedürfnis folgend, wurde jedoch § 81 ZPO bald auch auf die Prozeßaufrechnung ausgedehnt.

Die Begründungen hierfür weichen dabei freilich erheblich voneinander ab.

a) Nach einer verbreiteten Ansicht fällt die Prozeßaufrechnung deshalb unter § 81 ZPO, weil sie nicht nur Rechtsgeschäft, sondern auch Prozeßhandlung ist [2].

b) Weil der Prozeßbevollmächtigte nach § 81 ZPO zur Erhebung einer Widerklage und sogar zur Beendigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis befugt ist, wird häufig kraft eines "argumentum a fortiori" geschlossen, daß er auch zur Aufrechnung ermächtigt sein müsse, weil diese demgegenüber ein Weniger darstelle [3].

c) Weiter wird angenommen, daß mit der Prozeßvollmacht im Zweifel stillschweigend die Erteilung einer besonderen Aufrechnungsvollmacht verbunden sei [4].

---

1) Förtsch, SächsArchBürgR 7, 404; Otto, SächsArchBürgR 8, 729; Petersen, SeuffBl 64, 256 f; Petzold GruchBeitr. 44, 845 ff; Planck, § 388, 2; Rudorff-Schaefer, S. 67; Siber, Compensation, S. 113 f.

2) Baumbach-Lauterbach, § 81, 4; Dernburg-Engelmann, S. 347; Endemann, § 147, 1b, Anm. 7; Förtsch, GruchBeitr. 42, 226; Schollmeyer, BGB, § 388, 2; Simeon, S. 317; Windscheid-Kipp, S. 479; Wolff, S. 26.

3) Fitting, S. 9 ff; Grabner, ZZP 38, 539; Hellmann, KrVJSch 41, 246; 42, 60; Leonhard, Schuldrecht, S. 620; Planck-Siber, § 388, 2; Reincke, § 145 V B 2a.

4) Dernburg-Engelmann, S. 237 f; Goldmann-Lilienthal, S. 428, 4.

d) Nach herrschender Meinung ist schließlich der Begriff der Prozeßhandlung in § 81 ZPO in einem weiteren Sinn zu verstehen und erstreckt sich auch auf Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, welche im Prozeß als Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgenommen werden und ohne die der Prozeß nicht sachgemäß geführt und entschieden werden könnte [5].

3. In der Rechtsprechung war die Befugnis des Prozeßbevollmächtigten zur Aufrechnung von Anfang an nie in Frage gestellt worden.

So hatte das RG die Ermächtigung des Prozeßvertreters zur Abgabe und Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, die im Prozeß als Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorgenommen werden, von jener aus der Doppelnatur dieser Akte hergeleitet und es für ausreichend angesehen, daß diese Erklärungen auch Prozeßhandlungen sind. Dem Umstand, daß innen darüber hinaus zugleich rechtsgeschäftliche Natur zukommt, wurde keine Bedeutung beigemessen [6].

Dieselbe Begründung findet sich beim überwiegenden Teil der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte [7], doch ist vereinzelt auch die Auffassung vertreten worden, daß der Prozeßhandlungsbegriff in § 81 ZPO weit auszulegen und nicht auf Prozeßhandlungen im eigentlichen Sinne

---

5) Baumgärtel, S. 34 ff; Blomeyer, Zivilprozeß, § 60 II 1; Förster-Kann, § 54, 2; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 469; Leonhard, Schuldrecht, S. 620; Lent-Jauernig, § 21 V; Rosenberg, Lehrbuch, § 50 II 6 a ; Stellvertretung, S. 66 ff, 792 ff; Schönke-Schröder-Niese, S. 127, III 3b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 81 III; Weigelin, S. 158; Wieczorek, § 81 B III a 1.

6) So RGZ 48, 221 = JW 01, 495; 49, 392; 53, 149 = JW 03,21; 63, 413 = JW 06, 565 (für die Anfechtung nach dem BGB); 50, 143 f(für die Rücktrittserklärung); 50, 427 (für die Aufrechnung); 52, 343 (für die Anfechtung nach dem AnfG); 53, 212 (für die Kündigung); 58, 227 (zur Aufforderung nach § 1571 Abs. 2 BGB in der bis 6. 7. 1938 geltenden Fassung); vgl. auch RGZ 56, 338; RG DR 41, 637 und RG SA 78, 209.

7) KG OLGE 1, 139; 2, 217 und 294; vgl. auch OLG Kiel, SA 56,

beschränkt sei [8].

Der BGH hat schließlich, allerdings ohne Begründung, ebenfalls entschieden, daß § 81 ZPO auch materiellrechtliche Willenserklärungen umfasse, wenn diese im Prozeß abzugeben seien [9].

III. Die Auslegung des § 81 ZPO

1. Eine Theorie, wonach die Aufrechnungsbefugnis des Prozeßbevollmächtigten die Ausstellung einer Sondervollmacht zur Voraussetzung hätte, wäre unbefriedigend.

Sie hätte die Notwendigkeit einer Vielzahl von Spezialvollmachten zur Folge und würde im Einzelfall zu Unsicherheiten über den Umfang der Vertretungsmacht führen. Sie liefe dem Willen des Gesetzgebers zuwider, der den Prozeßvertreter zu allen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die zur sachgerechten Prozeßführung erforderlich sind, ermächtigen wollte (vgl. § 83 Abs. 1 ZPO). Der Prozeßbevollmächtigte wäre allein auf Grund der Prozeßvollmacht zur Aufrechnung, einem der wichtigsten und häufigsten Verteidigungsmittel des Beklagten, nicht berechtigt, obwohl die Aufrechnungsbefugnis des Prozeßvertreters bis zum Inkrafttreten des BGB unbestritten war und eine Änderung dieser Rechtslage auch unter dem Geltungsbereich des neuen bürgerlichen Rechts eindeutig nicht beabsichtigt wurde. Vor allem stünde eine solche Theorie aber in krassem Gegensatz zur ständigen gerichtlichen Praxis.

2. Andererseits ergibt sich die Aufrechnungsbefugnis des Prozeßbevollmächtigten nicht schon daraus, daß die Prozeßaufrechnung nach der zivilistischen Theorie zwar Rechtsgeschäft, aber immerhin mit einer Prozeßhandlung verbunden ist.

a) Aus diesem Umstand könnte nämlich nicht einmal die Theorie vom Doppeltatbestand, die der Aufrechnungserklärung eine echte Doppelnatur zuspricht, die Aufrechnungsbefugnis des Prozeßbevollmächtigten herleiten. Denn die Tatsache, daß ein

---

220, wo u. a. auf den Parteiwillen im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung abgestellt wird; das Urteil steht also der Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung recht nahe.

8) KG SA 56, 173; OLG Hamburg, OLGE 1, 77.

9) BGHZ 31, 209 = MDR 60, 214.

Vorgang nicht nur Rechtsgeschäft, sondern auch Prozeßhandlung ist, bewirkt nicht, daß zum gültigen Zustandekommen einer derartigen Erklärung wahlweise nur die Voraussetzungen des bürgerlichen oder des Prozeßrechts erfüllt sein müssen; um wirksam zu sein, muß der Doppeltatbestand vielmehr den Vorschriften beider Rechtsgebiete entsprechen [10].

Geht man also davon aus, daß § 81 ZPO nur zum Vollzug von Prozeßhandlungen im eigentlichen Sinne ermächtigt, so wird die Abgabe von Erklärungen, welche auch rechtsgeschäftliche Bedeutung haben, von der Ermächtigung dieser Vorschrift nicht gedeckt.

b) Nach der zivilistischen Theorie kommt der Prozeßaufrechnung aber eine Doppelnatur überhaupt nicht zu. Die Aufrechnung ist und bleibt im Tatbestand ausschließlich Rechtsgeschäft, sodaß sie nach Voraussetzungen, Form und Wirkungen nur den Regeln des Privatrechts unterstehen kann.

Die Berufung auf Aufrechnung, die mit der rechtsgeschäftlichen Aufrechnungserklärung zeitlich zufällig zusammenfällt, ist kein Bestandteil dieses Rechtsgeschäfts. Aus der dem Prozeßbevollmächtigten durch § 81 ZPO eingeräumten Befugnis, die erklärte Aufrechnung prozessual geltend zu machen, kann deshalb nicht geschlossen werden, daß der Vertreter auch ermächtigt sei, die Aufrechnung zu erklären.

3. Die Ermächtigung zur Aufrechnungserklärung folgt auch nicht aus der Befugnis des Prozeßvertreters zur Erhebung einer Widerklage, bezw. zur Beendigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis. Denn diese Handlungen sind gegenüber der Aufrechnung kein minus, sondern ein aliud [11].

Die Erhebung einer Widerklage ist unbestritten Prozeßhandlung und dient der Geltendmachung der Ansprüche des Beklagten; die Aufrechnung ist dagegen Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht des Beklagten aufgegeben wird.

Vergleich, Anerkenntnis und Verzicht dienen zwar, wie die Aufrechnung, der Beendigung des Rechtsstreits; sie beziehen sich aber auf den Streitgegenstand, während die Aufrechnung

---

10) Nikisch, Festschrift, S. 778; Oertmann, S. 60.

11) Petzold, S. 852 f; Siber, Compensation, S. 113 f.

ein Gegenrecht des Beklagten betrifft.

Die gesonderte Aufzählung von Vergleich, Anerkenntnis und Verzicht ist auch durchaus gerechtfertigt; denn diese Akte haben nach herrschender Meinung Doppelnatur, sind Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung [12] und würden deshalb bei enger Auslegung des Prozeßhandlungsbegriffs vom Umfang der Prozeßvollmacht nicht erfaßt. Ihre Erwähnung ist also zumindest aus Gründen der Klarstellung berechtigt.

Dasselbe gilt für die Bestellung eines Untervertreters und eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz, weil diese Akte teilweise ebenfalls nicht als Prozeßhandlungen, sondern als Rechtsgeschäfte angesehen werden [13].

Daß der Prozeßbevollmächtigte im Rahmen des § 81 ZPO schließlich auch zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten, also zur Vornahme eines reinen Rechtsgeschäfts befugt ist [14], kann für sich allein gleichfalls noch nicht dazu führen, ihn auch zur Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte als ermächtigt anzusehen; denn die in § 81 ZPO enthaltene Aufzählung ist nicht beispielhaft, sondern erkennbar abschliessend.

4. Die Annahme einer stillschweigenden Sondervollmacht ist ebenfalls unhaltbar.

Geht man nämlich mit den Anhängern dieser Auffassung davon

---

12) Für den Prozeßvergleich siehe S. 42, Anm. 32; für Anerkenntnis und Verzicht : RG GruchBeitr. 46, 664 ff; RGZ 45, 411; OLG Dresden, OLGE 5, 60; OLG Düsseldorf, SJZ 48, 459; Kohler, ZZP 29, 34 ff; Schönke-Schröder-Niese, § 53 II; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 306 I 2; § 307 I 2; vor § 128 VI 2; die heute immer stärker vertretene Meinung sieht dagegen in Anerkenntnis und Verzicht reine Prozeßhandlungen: Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 B vor §§ 306 ff; Baumgärtel, S. 142 ff; Hellwig, System, 1. Teil, § 149 II, IV; Nikisch, Festschrift, S. 769, Anm. 13; Lent-Jauernig, § 47 VI; Rosenberg, Lehrbuch, § 131 I 6b; II 2e; Walsmann, AcP 102, 186 ff (196); wohl auch BGH ZZP 71, 96.

13) RGZ 17, 400; 44, 360; Rosenberg, Lehrbuch, § 50 II; Stellvertretung, S. 792. Nach h.M. sind sie dagegen Prozeßhandlungen : RGZ 56, 337; BGH ZZP 71, 473; Baumbach-Lauterbach, § 80, 1 C; § 81, 3 A; Baumgärtel, S. 173 ff; Lent-Jauernig, § 29 IV; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 80 II 1.

14) RGZ 56, 338; Rosenberg, Stellvertretung, S. 66, Anm. 1.

aus, daß § 81 ZPO zur Abgabe einer Aufrechnungserklärung nicht ermächtigt, wäre der Prozeßbevollmächtigte niemals in der Lage, die ihm nur stillschweigend erteilte Aufrechnungsvollmacht durch eine schriftliche Bevollmächtigungsurkunde nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben. Hierzu ist er aber auf Verlangen der Gegenpartei oder im Parteiprozeß dem Gericht gegenüber stets verpflichtet (§§ 80 Abs. 1, 88 ZPO). Zum andern erscheint die Annahme einer stillschweigenden Vollmacht gekünstelt und willkürlich, weil ein dahingehender Wille der Partei bei der Vollmachtserteilung offenkundig nicht vorhanden ist [15].

IV. Der normative Prozeßhandlungsbegriff

Ob der Prozeßhandlungsbegriff in § 81 ZPO weiter als gewöhnlich zu fassen ist, ob also die Prozeßaufrechnung eine Prozeßhandlung im Sinne des § 81 ZPO ist, ist eine Auslegungsfrage.

1. Bei der Auslegung zivilprozessualer Bestimmungen ist zu beachten, daß die ZPO im Gegensatz zum BGB keine gleiche und eindeutige Terminologie verwendet, weshalb bei der Gesetzesauslegung dem Wortlaut grundsätzlich keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Maßgeblich sind vielmehr Zusammenhang und Zweck der Vorschrift [16].

2. Auch den Begriff der Prozeßhandlung gebraucht die ZPO nicht einheitlich [17].

So sind Prozeßhandlungen im Sinne der §§ 178 (i.V.m. § 176), 295 ZPO Handlungen der Parteien und des Gerichts, während unter Prozeßhandlungen im Sinne der §§ 54, 67 und 81 ZPO nur die Handlungen der Parteien zu verstehen sind. Der Prozeßhandlungsbegriff der §§ 67, 85 ZPO umfaßt nicht nur die dem Gericht oder der Gegenpartei gegenüber vorzunehmenden Handlungen, sondern auch vor- und außerprozessuale Akte gegenüber Dritten, wie die Vollmachtserteilung [18] oder das Zustellungs-

---

15) Oertmann, S. 60.

16) RGZ 139, 112; Baumbach-Lauterbach, Einleitung III 5 B; Baumgärtel, S. 37, 40 f; Blomeyer, Zivilprozeß, § 60 II 1; Rosenberg, Stellvertretung, S. 793.

17) Baumgärtel, S. 34; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128 IV 1.

18) Über ihre Eigenschaft als Prozeßhandlung vgl. Anm. 13.

ersuchen an den Gerichtsvollzieher (§ 166 ZPO) [19]; Prozeßhandlungen im Sinne des § 78 Abs. 2 ZPO sind dagegen nur Handlungen, die sich an das Gericht oder an die Gegenpartei richten. § 67 ZPO trennt schließlich zwischen Angriffs- und Verteidigungsmitteln einerseits, sowie Prozeßhandlungen andererseits, obwohl Angriffs- und Verteidigungsmittel gerade typische Prozeßhandlungen, nämlich Erwirkungshandlungen darstellen [20].

Es muß daher stets gesondert ermittelt werden, was Prozeßhandlung im Sinne einer bestimmten Vorschrift ist. Der auf diese Weise gewonnen Begriff hat Bedeutung nur im Rahmen der speziellen Bestimmung, auf die er zugeschnitten ist und kann auf andere Vorschriften nicht übertragen werden.

Die Frage, was Prozeßhandlung im Sinne des § 81 ZPO ist, kann also ebensowenig an Hand des umfassenden, für das ganze Prozeßrecht geltenden systematischen Prozeßhandlungsbegriffs beantwortet werden, wie umgekehrt aus § 81 ZPO ein allgemeingültiger Prozeßhandlungsbegriff hergeleitet werden kann [21].

Systematischer und normativer Prozeßhandlungsbegriff decken sich also nicht, was gerade von den Anhängern der prozessualen Theorien häufig übersehen worden ist. Die Auffassung von der rein prozessualen Natur der Prozeßaufrechnung rührt nämlich zu einem nicht geringen Teil daher, daß man versucht hat, einen systematischen Prozeßhandlungsbegriff lediglich im Hinblick auf § 81 ZPO zu entwickeln [22].

3. Zweck des § 81 ZPO ist es, der Partei, die den Rechtsstreit nicht selbst führen kann oder will, eine sachgerechte Vertretung zu gewährleisten.

---

19) Baumbach-Lauterbach, § 67, 3 A.

20) Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, 7 B; Lent-Jauernig, § 29 III; Rosenberg, Lehrbuch, § 60 I.

21) RGZ 56, 338; Baumgärtel, S. 37; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 469; Hellwig, Lehrbuch, Bd. 2, S. 435; Nußbaum, S. 76; Rosenberg, Stellvertretung, S. 792 f; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 81 III.

22) So Bunsen, ZZP 26, 294; Fitting, S. 1 ff; Brettner, DJZ 98, 343 f; Schneider, ZZP 31, 271 ff, 283 ff; Wach,

Zum andern soll erreicht werden, daß auch in den Fällen einer Prozeßführung durch Dritte der Fortgang des Verfahrens nicht verzögert wird und eine möglichst vollständige Auseinandersetzung der Parteien über alle Streitpunkte stattfindet.

Dieser Interessenlage der Partei sowie den genannten Belangen des Prozeßrechts wird aber nur eine extensive Auslegung des § 81 ZPO gerecht [23].

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen. Eine Beschränkung ihres gesetzlichen Umfangs wirkt dem Gegner gegenüber nur im engen Rahmen des § 83 Abs. 1 ZPO. Der Prozeßbevollmächtigte steht also nach dem Willen des Gesetzgebers in jeder Hinsicht an der Stelle der Partei und vertritt sie in der Führung des ganzen Prozesses [24].

Er muß daher in der Lage sein, im Prozeß alle Handlungen vorzunehmen, die nötig sind, um den Rechtsstreit sachgemäß und den Interessen der Partei entsprechend führen zu können. Aus diesem Grunde ist er zum Gebrauch sämtlicher Angriffs- und Verteidigungsmittel ermächtigt, die erforderlich sind um Ansprüche des Vertretenen durchzusetzen und fremde Ansprüche abzuwehren. Er ist deshalb auch zur Ausübung materieller Gestaltungsrechte befugt, wenn dies zur ordnungsgemäßen Abwehr des geltend gemachten Klageanspruchs notwendig erscheint. Es widerspricht dem Sinn und Zweck des § 81 ZPO, die dem Beklagten zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel aufzuspalten in solche rechtsgeschäftlicher Natur und in solche, die sich in der Geltendmachung bereits abgeschlossener privatrechtlicher Tatbestände erschöpfen und letztere in den Geltungsbereich der Prozeßvollmacht einzubeziehen, erstere aber hiervon auszuschließen. Ausschlaggebend kann nämlich nicht sein, ob das Verteidigungsmittel einen rechtsgeschäftlichen Inhalt hat oder nicht, sondern nur, ob die Vornahme des Rechtsgeschäfts zur Verteidigung der Rechte des Beklagten und damit zu einer gehörigen Prozeßführung erforderlich ist.

ZZP 27, 11; Weismann, ZZP 26, 18.

23) Baumbach-Lauterbach, § 81, 2 A; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 81 III 1.

24) Rosenberg, Stellvertretung, S. 794.

Die Aufrechnungserklärung muß daher vom Umfang der Prozeßvollmacht gedeckt sein, weil die rechtsgeschäftliche Tilgung der Klageforderung ein typisches Mittel zur Bekämpfung des Klageanspruchs ist, sodaß eine sachgerechte Prozeßführung ohne Aufrechnungsbefugnis überhaupt nicht denkbar wäre.

Nach dem Grundsatz, daß jede Vollmacht im Zweifel die Ermächtigung zu allen Handlungen in sich schließt, die zur gehörigen Durchführung des vom Vollmachtgeber erteilten Auftrages notwendig sind [25], ist die Aufrechnung deshalb vom Umfang der Prozeßvollmacht gedeckt und als Prozeßhandlung im Sinne des § 81 ZPO anzusehen.

4. Eine Sondervollmacht zur Aufrechnung würde den Verfahrensablauf nehmen. Wäre sie nicht erteilt, wäre der Prozeßbevollmächtigte selbst dann zur Aufrechnung außerstande, wenn sich ein sofortiger Aufrechnungsvollzug in der mündlichen Verhandlung nach dem gesamten Sach- und Streitstand als unumgänglich erweisen sollte. Die Möglichkeit einer nachträglichen außergerichtlichen Aufrechnung durch die Partei selbst wäre demgegenüber bedeutungslos. Aber selbst bei Vorliegen der Spezialvollmacht wären Verzögerungen nicht ausgeschlossen, weil keineswegs sicher wäre, ob auch der Vertreter des Klägers zur Entgegennahme der rechtsgeschäftlichen Erklärung bevollmächtigt wäre [26].

Derartige Unzuträglichkeiten könnten nur vermieden werden, indem beide Parteien aus Zweckmäßigkeitsgründen ihre Vertreter von Anfang an zur Abgabe und zum Empfang rechtsgeschäftlicher Erklärungen bevollmächtigen würden. Warum es den Parteien dann aber verwehrt sein sollte, dieses Ergebnis auch durch Erteilung einer einzigen, die Aufrechnungsbefugnis mitenthaltenden Vollmacht herbeizuführen, ist nicht einzusehen.

5. Auch die Wahrung der Belange der Partei erfordert keine Beschränkung des gesetzlichen Vollmachtsumfanges auf echte Prozeßhandlungen.

Von den Vertretern der prozessualen Theorien wird zwar

---

25) KG OLGE 1, 139.

26) Lent-Jauernig, § 21 V.

angeführt, daß es bedenklich wäre, dem Prozeßbevollmächtigten die Vornahme rechtsgeschäftlicher Gestaltungsakte zu gestatten, weil diese in ihrer Wirkung nicht auf den Prozeß beschränkt seien und deshalb den Untergang der Gegenforderung auch dann zur Folge hätten, wenn dies zur Erreichung eines klageabweisenden Urteils überhaupt nicht erforderlich gewesen wäre [27]. Dieser Einwand greift aber nicht durch; denn der Prozeßbevollmächtigte hat auch nach der zivilistischen Theorie die Möglichkeit der Eventualaufrechnung, sodaß die Forderungsaufhebung nicht eintritt, wenn sich die Klageforderung als nicht bestehend erweist oder die Aufrechnung aus sonstigen Gründen nicht zu einem klageabweisenden Urteil führt.

V. Die außerprozessuale Aufrechnung

Der Umstand, daß die Prozeßaufrechnung unter § 81 ZPO fällt, hat jedoch nicht zur Folge, daß der Prozeßvertreter solange seine Vollmacht besteht, auch außerhalb des Prozesses zur Aufrechnung befugt ist.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt nach Sinn und Zweck des § 81 ZPO zur Aufrechnung, soweit diese der Prozeßführung dient und in der mündlichen Verhandlung zur Bekämpfung des Klageanspruchs vollzogen wird. Auf eine außerprozessuale Aufrechnung treffen diese Voraussetzungen aber nicht zu.

Dieses Ergebnis spricht keineswegs gegen die Richtigkeit der zivilistischen Theorie, wie Nikisch [28] meint, der darauf hinweist, daß eine Theorie, die außerprozessuale und Prozeßaufrechnung in jeder Hinsicht gleichstelle, auch im Rahmen der Bestimmung des § 81 ZPO keine unterschiedliche Behandlung zulasse.

Die Auslegung des § 81 ZPO erfolgt nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten und läßt keine Rückschlüsse auf die prozessuale oder rechtsgeschäftliche Natur der dort genannten Vorgänge zu. Nötigt der Gesetzeszweck nicht dazu, dem Prozeßbevollmächtigten die Aufrechnung auch außerhalb der mündlichen Verhandlung zu gestatten, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch die zivilistische Theorie letzten Endes einen Unterschied

---

27) Oertmann, S. 62.

28) Festschrift, S. 771.

zwischen der Aufrechnung im Prozeß und der Aufrechnung außerhalb des Prozesses anerkenne und daß diesen Akten deshalb verschiedene Rechtsnatur beigemessen werden müsse.

Im übrigen wird von den Vertretern der zivilistischen Theorie nicht bestritten, daß sich außerprozessuale Aufrechnung und Aufrechnung im Prozeß nicht in jeder Beziehung gleichen.

So ist die Beifügung von Bedingungen nur bei der außerprozessualen Aufrechnung ausgeschlossen, während sie der Wirksamkeit der Prozeßaufrechnung nicht entgegensteht. Die Nichtberücksichtigung des Aufrechnungsvorbringens im Urteil hat nur bei der Prozeßaufrechnung die privatrechtliche Wirkungslosigkeit des Gestaltungsgeschäfts zur Folge, während die außerprozessuale Aufrechnungserklärung stets den Untergang der beiden Forderungen herbeiführt.

Diese unterschiedliche Behandlung beruht, wie die Differenzierung im Rahmen des § 81 ZPO, auf der Besonderheit der prozessualen Situation, welcher die Rechtsstellung des Beklagten angepaßt und der bei der Auslegung der entsprechenden Bestimmungen Rechnung getragen werden muß. Dagegen zwingt der Umstand, daß der Beklagte die Aufrechnung erst im Prozeß erklärt, nicht zur Annahme eines unabhängig neben der privatrechtlichen Aufrechnung stehenden eigenen Rechtsinstituts.

§ 20. Das Aufrechnungsrecht des Nebenintervenienten

Daß bei der Auslegung prozessualer Vorschriften und Begriffe nicht dem Wortlaut, sondern dem Zweck der Vorschrift der Vorrang gebührt, wird schließlich im Zusammenhang mit der Frage der Aufrechnungsbefugnis des Nebenintervenienten auch von den Anhängern der prozessualen Theorien zugegeben.

I. Die gesetzliche Regelung

Nach § 67 ZPO ist der Nebenintervenient berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, soweit er sich dadurch nicht zu Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch setzt.

1. Eine wörtliche Auslegung des § 67 ZPO würde dazu führen, daß der Nebenintervenient nach allen rein prozessualen Theorien als berechtigt anzusehen wäre, die Aufrechnung mit Gegenforde-

rungen der Hauptpartei zu erklären.

Diese Konsequenz ist aber von jeher nur vereinzelt gezogen worden [1]. Die fast einhellige Meinung geht vielmehr dahin, dem Nebenintervenienten die Aufrechnung mit Forderungen der Hauptpartei zu versagen [2].

2. Während die Vertreter der zivilistischen Theorie zur Begründung auf die rechtsgeschäftliche Natur der Prozeßaufrechnung verweisen können [3], sprechen die Anhänger der prozessualen Theorien dem Nebenintervenienten die Aufrechnungsbefugnis ab, weil seine Ermächtigung, Prozeßhandlungen zu vollziehen, sich nicht auf die Vornahme von Rechtsgeschäften erstrecke, die in diesen Prozeßhandlungen enthalten seien [4]; insoweit fehle dem Nebenintervenienten die privatrechtliche Vertretungsmacht [5].

Diese Auffassung ist aber unhaltbar. Ist die Prozeßaufrechnung nämlich im Tatbestand ausschließlich prozessual, so kann die Ermächtigung des Nebenintervenienten zur Aufrechnungserklärung nur nach den Vorschriften des Prozeßrechts, niemals dagegen nach den privatrechtlichen Grundsätzen über die Vertretungsmacht beurteilt werden. Die bloße Tatsache, daß ein rein prozessualer Vorgang auch zivilrechtliche Wirkungen hervorbringt, führt nicht dazu, daß für sein wirksames Zustandekommen das Vorliegen der Gültigkeitsvoraussetzungen des Privatrechts erforderlich ist. Etwas anderes kann nur für die Theorie vom Doppeltatbestand anerkannt werden, die der Prozeßaufrechnung nicht nur im Sinne der Wirkungen, sondern auch im Sinne des Tatbestands Doppelnatur zuspricht.

3. Die Vertreter der prozessualen Theorien können sich auch nicht darauf berufen, daß eine Aufrechnung des Nebenintervenienten mit einer Forderung der Hauptpartei schon mangels

---

1) Hellwig, Lehrbuch, Bd. 2, S. 505; Nikisch, Lehrbuch, § 112, III 2.

2) Kohler, ZZP 20, 25; Nikisch, Festschrift, S. 785; Oertmann, S. 52; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 67 II 4.

3) Rosenberg, Lehrbuch, § 46 IV 1 b .

4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 67 II 4.

5) Oertmann, S. 52.

Gegenseitigkeit der Forderungen unzulässig sei (§ 387 BGB).

Zwar müßten die in § 387 BGB normierten allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Aufrechnung auch dann gegeben sein, wenn die Prozeßaufrechnung nur Prozeßhandlung wäre [6]. Diese Erfordernisse wären vorliegend aber auch erfüllt; denn der Nebenintervenient erklärt die Aufrechnung bezw. stellt den Antrag auf gerichtlichen Aufrechnungsvollzug ja für die Hauptpartei. Diese ist aber Träger der Gegenforderung und Schuldner der Klageforderung.

II. Der Prozeßhandlungsbegriff des § 67 ZPO

Eine sachgerechte Lösung könnte auch hier also nur im Wege einer dem Zweck des § 67 ZPO entsprechenden Auslegung des Wortes "Prozeßhandlung" gefunden werden. Mit Recht betonen Baumgärtel [7] und Nikisch [8] deshalb, daß es verfehlt wäre, die Aufrechnungsbefugnis des Nebenintervenienten zu bejahen oder zu verneinen, je nachdem ob man in ihr eine Prozeßhandlung oder ein Rechtsgeschäft erblickt, sondern daß maßgebend nur sein kann, ob die Prozeßaufrechnung eine Prozeßhandlung im Sinne des § 67 ZPO darstellt. Dies ist aber nicht der Fall.

1. Der Nebenintervenient ist im Gegensatz zum Prozeßbevollmächtigten von der Partei nicht zur Prozeßführung und zur Wahrung ihrer Interessen bestellt, sondern kann der Hauptpartei ohne oder sogar gegen ihren Willen beigetreten sein. Er verfolgt eigene Belange, die sich mit denen der Partei nicht zu decken brauchen. Er hat ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Hauptpartei, weshalb die Gefahr besteht, daß er zur Erreichung eines klageabweisenden Urteils den Beklagten durch Aufrechnung auch dann um seine Forderung bringen würde, wenn dieser an der Forderungstilgung überhaupt kein Interesse hätte oder ein ihm günstiges Urteil auch ohne Aufopferung seines Gegenanspruchs erzielen könnte.

Alle diese Erwägungen führen dazu, dem Nebenintervenienten das Aufrechnungsrecht zu versagen.

Sinn und Zweck des § 67 ZPO ist es, dritten Personen, deren

---

6) Oertmann, S. 87 f.

7) S. 39 f.

8) Festschrift, S. 784 f.

Rechtsstellung durch die Entscheidung eines Rechtsstreits berührt wird, die Möglichkeit einzuräumen, auf den Verfahrensablauf einzuwirken und die Hauptpartei in der Prozeßführung zu unterstützen. Die Ausübung materiellrechtlicher Befugnisse der Hauptpartei kann dem Nebenintervenienten, der nur Prozeßgehilfe der Partei, nicht aber selbst Partei oder Parteivertreter ist, dagegen nicht gestattet sein.

2. Nicht nur die zivilistische Theorie, sondern auch die prozessualen Theorien sind also im Rahmen der §§ 67, 81 ZPO zu einer zweckentsprechenden und vom Wortlaut losgelösten Auslegung des in diesen Bestimmungen verwendeten Prozeßhandlungsbegriffes gezwungen, weil unerwünschte und unbillige Ergebnisse auf andere Art nicht umgangen werden können.

Gelangen die prozessualen Theorien auf diesem Wege richtigerweise dahin, daß die Prozeßaufrechnung trotz ihrer prozessualen Natur nicht Prozeßhandlung im Sinne des § 67 ZPO sein kann, so können sie den Vertretern der zivilistischen Theorie, wenn diese die Prozeßaufrechnung als Prozeßhandlung im Sinne des § 81 ZPO bezeichnen, nicht den Vorwurf machen, sich dadurch unbedenklich über den Wortlaut des § 81 ZPO hinwegzusetzen [9].

§ 21. Die Vertretung ohne Vollmacht

1. Ist die Ermächtigung des Prozeßvertreters zur Abgabe materiellrechtlicher Erklärungen zu bejahen, so erledigen sich auch die von Lippmann [1] im Zusammenhang mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht gegen die zivilistische Theorie vorgebrachten Bedenken.

2. Lippmann ist der Ansicht, daß die zivilistische Theorie in den Fällen vollmachtloser Vertretung zur Anwendung der §§ 174, 180 BGB gezwungen sei. Das bedeute, daß der Kläger bei Nichtvorlage einer Aufrechnungsvollmachtsurkunde durch den Vertreter des Beklagten bezw. bei Nichtvorlage der die Befugnis zur Aufrechnungserklärung mitumfassenden Prozeßvoll-

---

9) So Nikisch, Festschrift, S. 785.

1) JherJb. 43, 481 ff.

macht die vom Vertreter der Gegenpartei erklärte Aufrechnung zurückweisen könne und daß eine Aufrechnungserklärung ohne Vertretungsmacht unwirksam und auch nicht genehmigungsfähig sei, wenn die Gegenpartei die fehlende Vertretungsmacht beanstande. Dies sei jedoch mit der in der ZPO getroffenen Regelung unvereinbar, wonach die Gegenpartei Handlungen eines Vertreters, dessen Vollmacht nicht bestehe oder nicht nachgewiesen sei, nicht zurückweisen, sondern nur Vorlage der Vollmacht verlangen könne (§§ 80, 88 ZPO). Die Prozeßaufrechnung könne daher nicht Rechtsgeschäft sein.

Diese Begründung ist aber unzutreffend.

a) § 174 BGB beruht auf der Erwägung, daß der Geschäftsgegner gegen den Stellvertreter zivilrechtlich keinen Anspruch auf Vorlage der Vollmachtsurkunde hat und somit nicht in der Lage ist, sich Gewißheit über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit (§ 180 BGB) vorgenommener einseitiger Rechtsgeschäfte zu verschaffen.

Das Gesetz räumt ihm deshalb die Möglichkeit ein, durch Zurückweisung die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts herbeizuführen und damit klare Verhältnisse zu schaffen.

Im Prozeß bedarf es einer solchen Regelung nicht, weil der Kläger hier die Vollmachtsvorlage und damit den Nachweis der Bevollmächtigung zur Aufrechnung erzwingen kann. Ein Zurückweisungsrecht ist also nicht erforderlich. § 174 BGB ist deshalb auf die Prozeßvollmacht, auch soweit diese die Befugnis zur Aufrechnung enthält, unanwendbar. Die Rechtsposition der Partei soll aus formalen Gründen nicht geschmälert werden [2]. Nach § 89 ZPO ist das Gericht daher sogar befugt, den Vertreter, der keine Vollmacht hat oder sie nicht nachweisen kann, vorläufig zur Prozeßführung zuzulassen. Der mit dieser Bestimmung verfolgte Gesetzeszweck würde jedoch vereitelt werden und die Vorschrift die ihr beigemessene Bedeutung verlieren, falls § 174 BGB auch in derartigen Fällen anwendbar wäre.

b) Dagegen gilt § 180 Satz 1 BGB grundsätzlich auch für die Prozeßaufrechnung.

Die ohne Vertretungsmacht erklärte außerprozessuale Aufrech-

---

2) Lippmann, S. 481.

nung ist wegen des bei einseitigen Gestaltungsgeschäften stets vorhandenen Bedürfnisses nach eindeutiger Klärung der Rechtslage nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig. Das gleiche Bedürfnis ist aber auch bei der Prozeßaufrechnung gegeben. Die vom vollmachtlosen Prozeßvertreter erklärte Aufrechnung ist also unwirksam.

Für diese Auffassung spricht auch § 89 Abs. 2 ZPO, wonach die Partei selbst bei einstweiliger Zulassung des vollmachtlosen Vertreters durch das Gericht dessen Prozeßführung grundsätzlich nicht gegen sich gelten lassen muß.

Da § 180 BGB auf den Bevollmächtigten, der seine Vollmacht lediglich nicht nachweisen kann, unanwendbar ist, entstehen der Partei durch die Geltung dieser Vorschrift auch keinerlei Nachteile. Die Gegenpartei, die unliebsame Verzögerungen vermeiden will, braucht dagegen bei der Aufrechnung durch einen Nichtbevollmächtigten nur auf ihr Beanstandungsrecht (§ 180 Satz 2 BGB) zu verzichten. Die ohne Vollmacht erklärte Aufrechnung ist dann nur schwebend unwirksam, genehmigungsfähig und bei nachträglicher Vollmachtserteilung rückwirkend in vollem Umfang wirksam.

Ein Zwiespalt zwischen materiellem und Prozeßrecht tritt allerdings ein, wenn die Partei die Prozeßführung des einstweilig zugelassenen vollmachtlosen Vertreters genehmigt.

Nach § 89 Abs. 2 ZPO muß sie in diesem Fall die gesamte Prozeßführung gegen sich gelten lassen und zwar von Anfang an, weil die erteilte Genehmigung zurückwirkt [3]. Die vom vollmachtlosen Vertreter erklärte Aufrechnung wäre dagegen nach § 180 Satz 1 BGB unwirksam und könnte auch durch eine Genehmigung nicht geheilt werden. Die Aufrechnung müßte vielmehr, um wirksam zu werden, von der Partei selbst oder vom inzwischen bevollmächtigten Vertreter wiederholt werden.

Es sprechen aber keine zwingenden Gründe dafür, § 180 Satz 1 BGB auch in diesem Sonderfall anzuwenden.

---

3) RGZ 86, 246; 146, 313; 161, 351; BGH MDR 51, 733; Rosenberg, Lehrbuch, § 51 III 3.

§ 180 BGB dient dem Schutz der Interessen der Gegenpartei, die bei der außerprozessualen und grundsätzlich auch bei der Prozeßaufrechnung nicht mit der Ungewißheit über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Aufrechnung belastet werden soll. Ist in § 89 Abs. 2 ZPO aber sogar die rückwirkende Heilung des bislang der gesamten Prozeßführung anhaftenden Mangels vorgesehen, so kann der Gegenpartei auch das nachträgliche Wirksamwerden einer im Rahmen dieser Prozeßführung erklärten Aufrechnung zugemutet werden. Einer Wiederholung der Aufrechnung bedarf es also in diesem Falle nicht.

4. Abschnitt : Die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung

§ 22. Allgemeines

1. Nach § 322 Abs. 2 ZPO ist, wenn der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht hat, die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

Diese Ausnahme von dem Grundsatz, daß die materielle Rechtskraft sich nicht auf die Entscheidungsgründe erstreckt, sondern nur soweit reicht, als über den mit der Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch entschieden worden ist (§ 322 Abs. 1 ZPO), beruht darauf, daß es dem Beklagten verwehrt sein soll, seine Gegenforderung in einem Zweitprozeß einzuklagen oder erneut zur Aufrechnung zu stellen, obwohl ihr Nichtbestehen in den Gründen eines vorangegangenen Urteils bereits festgestellt worden ist.

2. Die Fassung des § 322 Abs. 2 ZPO bereitet keine Schwierigkeiten, wenn die Gegenforderung des Beklagten von Anfang an nicht bestanden hat. Die Voraussetzungen des § 322 Abs. 2 ZPO sind in vollem Umfang erfüllt und dem Beklagten wird seine Gegenforderung rechtskräftig aberkannt.

Anders ist es jedoch, wenn sich die Gegenforderung im Prozeß als bestehend erwiesen hat, infolge durchgreifender Aufrechnung aber erloschen ist. Für eine Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung ist dann kein Raum.

Eine lediglich den Wortlaut des § 322 Abs. 2 ZPO berücksichtigende Auslegung müßte also hier eine erweiterte Rechtskraftwirkung des Aufrechnungsurteils verneinen.

Dies würde jedoch gerade zu dem vom Gesetzgeber mißbilligten Ergebnis führen, daß nur das Bestehen der Klageforderung rechtskräftig verneint würde (§ 322 Abs. 1 ZPO), während der Beklagte seine durch Aufrechnung erloschene Gegenforderung in einem Zweitprozeß verfolgen könnte.

Nikisch [1] bemerkt deshalb, daß dieser Widerspruch nur mit Hilfe der prozessualen Theorie beseitigt werden könne; denn da das Aufrechnungsurteil danach Gestaltungsurteil sei, ergebe sich die Bindung der Parteien an die durch das Urteil bewirkte Forderungsaufhebung schon aus § 322 Abs. 1 ZPO.

Die Einbeziehung des Aufrechnungsurteils in den Anwendungsbereich des § 322 Abs. 2 ZPO verstößt aber weder gegen den Wortlaut noch gegen den Zweck dieser Vorschrift; die Motive des Gesetzgebers, die zu der heute geltenden Fassung dieser Bestimmung geführt haben, sprechen im Gegenteil eindeutig für die Richtigkeit der zivilistischen Theorie.

§ 23. Die Entstehungsgeschichte des § 322 Abs. 2 ZPO

I. Die Rechtslage von 1877

Nach § 293 Abs. 2 der ZPO von 1877 war die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll, der Rechtskraft fähig.

1. Diese von § 322 Abs. 2 ZPO abweichende Fassung beruhte darauf, daß die ZPO von 1877 von der Theorie der gerichtlichen Kompensation ausgegangen war.

Wurde der Klage stattgegeben, so wurde dem Beklagten seine Gegenforderung auf Grund der zweiten Alternative des § 293 Abs. 2 ZPO aberkannt.

Wurde die Klage wegen durchgreifender Aufrechnung abgewiesen, mußte dagegen zunächst rechtskraftfähig das Bestehen

---

1) Festschrift, S. 785 f.

der Gegenforderung festgestellt werden, ehe daraufhin die Aufrechnung vollzogen und die Klage abgewiesen werden konnte. Hierin lag die Bedeutung der ersten Alternative des § 293 Abs. 2 ZPO. Wurde nämlich das Bestehen der Gegenforderung bis zum Aufrechnungsvollzug festgestellt, und dann die Klage infolge Aufrechnung abgewiesen, so konnte sich der Beklagte nicht mehr auf den Fortbestand seiner Gegenforderung berufen.

2. Im Geltungsbereich der Erklärungstheorie war die erste Alternative des § 293 Abs. 2 ZPO dagegen unanwendbar, weil bei Klageabweisung wegen erfolgreicher Aufrechnung die Gegenforderung zum Zeitpunkt der Urteilsfällung bereits erloschen war. Für die Feststellung ihres Bestehens blieb also kein Raum.

Im Geltungsbereich der Erklärungstheorie konnte man sich deshalb lediglich damit behelfen, den Wortlaut der ersten Alternative in eine Feststellung des Bestandenhabens der Gegenforderung [1] oder den der zweiten Alternative in eine Feststellung des Nichtmehrbestehens [2] umzudeuten.

II. Die Änderung von 1898

Die Zivilprozeßnovelle von 1898, durch welche die Vorschriften der ZPO dem neuen materiellen Aufrechnungsrecht angepaßt wurden, beseitigte folgerichtig die Möglichkeit einer rechtskraftfähigen Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung [3]. Gleichwohl unterließ man es aber, für den Fall der Klageabweisung wegen durchgreifender Aufrechnung die Möglichkeit einer rechtskraftfähigen Entscheidung über das Bestandenhaben der Gegenforderung ins Gesetz aufzunehmen.

1. Aus diesem Grund erschien es daher zunächst erneut zweifelhaft, ob § 322 Abs. 2 ZPO, der nur mehr eine Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung kennt, auf die Fälle beschränkt ist, in denen die Gegenforderung überhaupt nicht bestanden hat oder ob er auch den Fall umfaßt, daß die

---

1) Hellwig, System, 1. Teil, S. 797; Kohler, ZZP 23, 491 f; Oertmann, S. 225; Redlich, ZZP 25, 384 ff.

2) Stölzel, Schulung, S. 138 ff, 152 ff, 215 ff; Oertmann, S. 226 f.

3) Hahn-Mugdan, S. 103; Seuffert, ZZP 16, 467, 470.

bestehende Gegenforderung zur Aufrechnung verwendet worden ist und deshalb nicht mehr besteht.

2. Nach anfänglichem Zögern sind Rechtsprechung und Literatur jedoch unter dem Einfluß Stölzels [4] von der ursprünglich vorgenommenen engen Auslegung [5] des § 322 Abs. 2 ZPO abgegangen und die Ausdehnung der Rechtskrafterstreckung des § 322 Abs. 2 ZPO auf die wegen vollzogener Aufrechnung nicht mehr bestehende Gegenforderung ist heute unbestritten [6].

3. Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, weil es dem Beklagten nur auf diese Weise verwehrt werden kann, seine erloschene Gegenforderung anderweit mit der Behauptung geltend zu machen, die Klageforderung habe im Vorprozeß bereits aus sonstigen Gründen nicht bestanden oder die erklärte Aufrechnung sei unwirksam gewesen.

Der Umstand, daß man auf eine rechtskraftfähige Feststellung des Bestandenhabens oder des Nichtmehrbestehens bewußt verzichtete [7], steht dieser Auslegung nicht entgegen. Diese Fassung des § 322 Abs. 2 ZPO ist nämlich allein darauf zurückzuführen, daß man der Ansicht war, bei durchgreifender Aufrechnung sei die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung ebensowenig der Rechtskraft fähig wie die Entscheidung darüber, daß die Forderung des Klägers aus einem anderen Grunde getilgt sei. Diese Auffassung ist jedoch unrichtig. Bei erfolgreicher Aufrechnung ist nämlich nur eine Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung begrifflich unmöglich. Wird darüber hinaus auch noch eine Entscheidung über das Bestandenhaben oder über das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung ausgeschlossen, so bleibt eine Lücke,

---

4) Schulung, S. 138 ff, 215 ff; ebenso Meyer, Recht 1902, 228 ff; Oertmann, S. 243 ff.

5) So RGZ 80, 167; vgl. auch RGZ 70, 159 f; Geib, ZZP 36, 434; Hellwig, System, 1. Teil, S. 797; Reincke, §§ 322 ff, II B 2; Struckmann-Koch, § 322, 4; Seuffert-Walsmann, § 322, 4; Weismann, S. 25 f.

6) RGZ 161, 172; Baumbach-Lauterbach, § 322, 3; Lent-Jauernig, § 63 III 3; Rosenberg, Lehrbuch, § 150 II 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 322 VI 1; Wieczorek, § 322 H.

7) Hahn-Mugdan, S. 103.

weil die Entscheidung, daß die Klageforderung nicht besteht, nicht identisch ist mit der Entscheidung, daß sie durch Aufrechnung erloschen ist und daß aus diesem Grunde auch die Gegenforderung nicht mehr besteht.

Dieser Irrtum des Gesetzgebers hindert aber nicht, die Rechtskraftfähigkeit des Aufrechnungsurteils auf die Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung zu erstrecken. Denn einmal kann der mit der Schaffung des § 322 Abs. 2 ZPO verfolgte gesetzgeberische Zweck auf andere Weise nicht verwirklicht werden; zum andern steht diese Auslegung auch in Einklang mit dem Wortlaut des § 322 Abs. 2 ZPO, weil auch eine nicht mehr bestehende Forderung eine nichtbestehende Forderung ist.

§ 24. Zusammenfassung

Die zivilistische Theorie führt bei einer sach- und zweckentsprechenden Behandlung der strittigen Aufrechnungsprobleme auf allen Gebieten zu befriedigenden Ergebnissen.

Auch die rein rechtsgeschäftliche Prozeßaufrechnung kann unter einer echten Bedingung erklärt werden, sodaß einer hilfsweisen Aufrechnung des Beklagten keine Hindernisse entgegenstehen. Wird die Aufrechnung vom Gericht als verspätet zurückgewiesen oder aus sonstigen Gründen im Urteil nicht berücksichtigt, so bleibt die Aufrechnung materiellrechtlich ohne Wirkung, weil jede Prozeßaufrechnung im Zweifel Eventualaufrechnung ist und deshalb stets unter der Bedingung vollzogen wird, daß ein Obsiegen des Klägers nur durch den Eintritt der Forderungstilgung verhindert werden kann. Obwohl die Prozeßaufrechnung Rechtsgeschäft ist, wird sie vom gesetzlichen Umfang der Prozeßvollmacht umfaßt, sodaß der Prozeßbevollmächtigte auch ohne Erteilung einer Sondervollmacht zur Vornahme der Aufrechnung berechtigt ist. Ebenso wird die zivilistische Theorie schließlich dem Zweck und dem Wortlaut des § 322 Abs. 2 ZPO in vollem Umfang gerecht.

Diese Ergebnisse decken sich mit dem in den Motiven zum BGB und in der Begründung zur Zivilprozeßnovelle von 1898 zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers. Sowohl das BGB als die ZPO sind eindeutig vom rechtgeschäftlichen Aufrechnungsvollzug durch Gestaltungserklärung ausgegangen. Alle bei der

Aufrechnung im Prozeß aufgetretenen Schwierigkeiten rühren lediglich daher, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der einzelnen Aufrechnungsvorschriften keine sehr glückliche Hand gehabt und zum Teil denkbar unzweckmäßig und mißverständlich vorgegangen ist.

Eine sachgemäße Auslegung der §§ 81, 279, 529 und 767 ZPO, insbesondere aber eine dem Willen des Beklagten entsprechende Deutung des Inhalts der Eventualaufrechnung ermöglichen es jedoch, alle gegen die zivilistische Theorie erhobenen Bedenken zu entkräften ohne die rechtsgeschäftliche Natur der Prozeßaufrechnung in Frage zu stellen.

Damit erweisen sich aber alle als Gegenmeinungen zur zivilistischen Theorie entwickelten Ansichten als überflüssig. Die Einwände gegen die zivilistische Theorie waren nämlich von Anfang an niemals ausgesprochen dogmatischer Natur, sondern betrafen von jeher lediglich die praktischen Folgen dieser Theorie, insbesondere den nach Ansicht ihrer Gegner mit einer rechtsgeschäftlichen Aufrechnungserklärung stets untrennbar verbundenen sofortigen Eintritt der Forderungsaufhebung.

Kann eine sinnvolle Lösung aller bei der Prozeßaufrechnung auftauchenden Probleme aber auch mit der zivilistischen Theorie erreicht werden, so liegt kein Bedürfnis dafür vor, die erst in der mündlichen Verhandlung erklärte Aufrechnung anders zu beurteilen als die Aufrechnung außerhalb des Prozesses.

Auch die Prozeßaufrechnung ist deshalb Rechtsgeschäft, während die Annahme einer Prozeßhandlung oder eines Doppeltatbestandes weder aus dogmatischen noch aus praktischen Erwägungen erforderlich ist und dem Wesen und der Rechtsnatur der im Prozeß abgegebenen Aufrechnungserklärung nicht gerecht wird.

Lebenslauf

Am 22.4.1937 wurde ich als Sohn des Friseurmeisters Michael Kauppert und seiner Ehefrau Regine in Nürnberg geboren. Im Jahre 1943 verstarb mein Vater.

Von 1943 bis 1947 besuchte ich die Volksschule und von 1947 bis 1956 die Oberrealschule an der Wölckernstraße in Nürnberg.

Nach bestandener Reifeprüfung studierte ich vom Winterhalbjahr 1956/57 bis zum Winterhalbjahr 1959/60 7 Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Im Anschluß hieran legte ich die erste juristische Staatsprüfung 1960/I ab, die ich mit der Prüfungsgesamtnote befriedigend (= 3,73) bestand.

Am 5. September 1960 wurde ich vom Oberlandesgerichtspräsidenten in Nürnberg zum Rechtsreferendar ernannt und bin seit dieser Zeit im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Fotodruck

– Wiltrud Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 1636 –